CÁRLOS DAVID AUGUSTO RÖDER.

LAS DOCTRINAS FUNDAMENTALES

REINANTES

SOBRE EL DELITO Y LA PENA

EN SUS INTERIORES CONTRADICCIONES.

ENSAYO CRÍTICO PREPARATORIO

PARA LA RENOVACION DEL DERECHO PENAL.

TRADUCIDO DEL ALEMAN

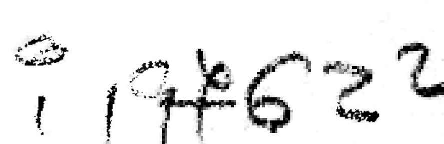
POR

FRANCISCO GINER.

PROFESOR SEPARADO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID.

Tercera edicion, revisada y corregida por el autor y aumentada con una Memoria del mismo sobre la *Reforma del sistema penal español.*

MADRID:
LIBRERIA DE VICTORIANO SUAREZ, JACOMETREZO, 72.
1876.



"Vinieron *nécios filántropos, sofistas,* alquimistas en busca de la *piedra filosofal, revolucionarios,* que clamaban á sus contemporáneos: "Nosotros no tenemos derecho á imponer pena alguna que haga imposible al hombre el cumplimiento de su destino."

A. E. MODDERMAN (*La pena no es un mal,* p. 52).

"Anch'io son—*rivoluzionario.*"

C. F. GABBA (*La pena de muerte,* p. 39).

"Vi è della ruggine vecchia: srugginite!"

L. BOSELLINI (*Diario* de Ellero).

Á LA INOLVIDABLE MEMORIA

DE

DON JULIAN SANZ DEL RIO,

OBEDECIENDO Á CUYOS DESEOS SE PUBLICA ESTA TRADUCCION,

LA CONSAGRA

EN HUMILDE Y RESPETUOSO HOMENAJE DE GRATITUD POR SU ENSEÑANZA,

F. GINER.

ADVERTENCIA DEL TRADUCTOR.

Si se considera la insuficiencia, no ya de los tratados de Derecho penal hasta hace poco tiempo (1) publicados entre nosotros (que esto por nadie es hoy desconocido), sino de los que, producidos en otros pueblos, gozan del favor de nuestras escuelas, de nuestros abogados y de nuestros tribunales; y si se atiende al par á las condiciones internas y externas, doctrinales y formales del presente escrito, cuyo autor es tan justamente estimado en España, en el círculo de que han podido ser conocidos sus trabajos (2), se comprenderá

(1) En 1870 y 1872 salieron á luz la 1.ª y la 2.ª edicion, respectivamente, de este libro; y en 1874 publicó el Sr. D. Luis Silvela la importante obra que, con el título de *El Derecho penal estudiado en principios*, é inspirada en la doctrina de Röder constituye el primer tratado verdaderamente sério que puede presentar nuestra literatura jurídico-penal.

(2) Alguno de estos ha visto la luz entre nosotros, como el intitulado: *¿Debe ser la pena un mal? (An poenam malum esse debet)*, cuya traduccion castellana publicó la revista *La Escuela del Derecho* (1862). El autor de esta

fácilmente el interés con que el traductor, estimulado por consejos que para él equivalian á preceptos, ha llevado á cabo la version de una obra, destinada sin duda á influir poderosamente en el sentido jurídico de nuestra juventud, tan inseguro hoy como poco libre y elevado.

Cárlos David Augusto Röder es uno de los primeros jurisconsultos y pensadores que en la esfera del Derecho ha producido el movimiento de las ideas en nuestro siglo y en que se ha encar-

---

version, Sr. D. Vicente Romero Giron, ha publicado en 1875, bajo el título de *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios*, la traduccion de algunas monografías importantísimas de Röder, prestando con ello muy estimable servicio. Las doctrinas penales de Röder han sido además discutidas en la *Academia de Jurisprudencia* de Sevilla y en el *Círculo filosófico* de Madrid, en diferentes ocasiones, é inspiran el sentido de su enseñanza á algunos Profesores de Derecho penal en nuestras Universidades, entre otros los Sres. Silvela (de Madrid), ya citado, Millet (de Sevilla), Rueda (de Santiago), etc. El Sr. D. Francisco Lastres ha publicado tambien un tomo de *Estudios sobre sistemas penitenciarios* (1875), en el cual se decide asimismo por la teoría correccional.

Habiendo desistido, por causas diversas, los señores D. Manuel Ruiz de Quevedo y D. V. Romero Giron, á que antes hemos aludido, de revisar á luz la version que años atrás tenian con este objeto preparada, de los *Principios de Derecho natural* de Röder *(Grundzüge des Naturrechts*, 2.ª edicion, 2 tomos, 1860-63), ha comenzado el autor de la presente traduccion la de esta importantísima obra, con aprobacion y revision del eminente criminalista aleman, hallándose ya impreso parte del tomo I.

nado lo más sano y puro de la novísima Filosofía. Animado de un espíritu verdaderamente humano—no sentimental y retórico—ha consagrado sus generosos esfuerzos á promover la reforma fundamental del Derecho, en sus diversas esferas (1), pero muy especialmente en la de la pena

---

(1) Sus principales obras en este sentido son, á más de las anteriormente citadas: *Principios de Política del Derecho (Grundzüge der Politik des Rechts*, 1873*)*, *Bases para la constitucion del imperio aleman (Grundlagen zur deutschen Reichsverfassung*, 1848*)*, *Ideas fundamentales y sentido del Derecho romano y el germánico (Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts*, 1855*)*, *Reforma de las prisiones mediante el sistema celular (die Verbesserung des Gefängnisswesens mittelst der Einzelhaft*, 1856*)*, *La ejecucion de la pena en el espíritu del Derecho (der Strafvollzug im Geist des Rechts*, 1863*)*, *La pena correccional y sus instituciones, como exigencia del Derecho (Besserungstrafe und Besserungstrafanstalten etc.*, 1864*)*, *Sobre el verdadero concepto del Derecho y algunas de sus más importantes consecuencias para la vida (Über den wahren Rechtsbegriff etc.*, 1869*)*, *La servidumbre militar de nuestra época y la organizacion defensiva del porvenir (Die Kriegsknechtschaft unserer Zeit und die Wehrverfassung der Zukunft*, 1871*)*, traducida y publicada por el señor D. Federico Hoefeld en 1873, y multitud de artículos y Memorias publicados en distintas Revistas de Alemania.—Uno de estos útiles trabajos *(Las Universidades alemanas, sus vicios y sus remedios)* ha visto la luz tambien en el *Boletin-Revista de la Universidad de Madrid*, t. I y II.

En cuanto al presente escrito, fué publicado en 1867 con el título: *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, y quizá á estas horas haya aparecido traducido al italiano, al inglés y al rumano. La primera version española apareció en 1870; agotada á poco, salió á la luz la segunda en

y sus instituciones, despertando ideas y problemas esenciales, cuya capital trascendencia es imposible desconocer, áun disintiendo de las soluciones que para ello ofrece, y respecto de las cuales sólo un maduro exámen autoriza á fallar. Por lo que respecta á la obra que sigue, el vacío é insuficiencia de las doctrinas penales reinantes, y la necesidad de una esencial renovacion en nuestras legislaciones criminales, resultan tan evidentes en ella, como que pone de manifiesto, con claridad irrefragable, cuán lejos nos hallamos de merecer los interesados elogios con que en vano pretendemos oscurecer la iniquidad é injusticia que respiran nuestras instituciones, propias de tiempos bárbaros é inhumanos, y nacidas de principios jurídicos que en sí mismos difícilmente encontrarian hoy ya mantenedores.

¡Ojalá los halle la noble aspiracion del Profesor aleman, no sólo en sus colegas españoles, en los estudiantes, en los abogados, en los jueces, sino en todas las clases sociales, igualmente inte-

---

1872, algo mejorada en punto al estilo. Por último, á la bondad del ilustre Profesor de Heidelberg, que no ha dudado en aceptar el penoso encargo de revisar y corregir por sí mismo la traduccion, utilizando su notable conocimiento de nuestra lengua, debemos el poder ofrecer hoy la tercera edicion, purgada de muchísimos defectos que en la segunda se hallaban todavia.

resadas en la cultura del Derecho; sin comprender lo cual, abdican la primera y más sustancial funcion de una soberanía que viene á convertirse en nombre vano é irrisorio, cuando no en triste símbolo de sangrientas discordias civiles!

FRANCISCO GINER.

PRÓLOGO.

Al que sólo quiera hojear este libro, rogámosle que más bien lo deje. No está escrito sino para aquellos que en estas cosas buscan sériamente la verdad, dispuestos siempre á honrarla de buen grado, tan luego como llegan á reconocer que se hallaban en el error hasta entonces. Únicamente de ellos es lícito esperar no ha de arredrarles la fatiga de seguir esta exposicion paso á paso, ni desatender las frecuentes indicaciones á lo anteriormente dicho, sin las cuales no puede mostrarse con toda claridad el interior enlace de nuestros razonamientos, ni prometerse de ellos base alguna para rectificar las ideas dominantes sobre el delito y la pena.

De todos modos, lo que al lector aquí se ofrece es el fruto de una meditacion, cuya constancia por tantos años sostenida, de seguro hará sonreir

á más de uno de nuestros famosos ingénios. No ya el *nonum prematur in annum* que aconsejaba el poeta, sino casi cuádruple tiempo se ha retardado su publicacion; toda vez que el primer bosquejo que en el invierno de 1830 á 31 tracé ya con destino á un curso público sobre las *Teorías del Derecho penal*, aunque contínuamente corregido y aumentado desde entonces, constituye, sin embargo, la base esencial del presente trabajo. Esta tardanza ha sido principalmente debida á mi creencia de que, aun mucho tiempo despues de su primer diseño, no habia decrecido todavia la corriente de las doctrinas de Feuerbach lo bastante para poder esperar de los jurisconsultos de profesion aquella libertad y flexibilidad de espíritu que son necesarias para un juicio como el que aquí se requiere, imparcial y desapasionado.

De entonces acá, mucho han mejorado las cosas bajo este respecto, y mejoran más cada dia, merced sobre todo á la influencia de aquellos en quienes la presion de las ideas rutinarias no ha sofocado el sentido del verdadero Derecho, y pueden distinguir, por tanto, entre lo tradicional y lo contemporáneo. Así se observa, ante todo, y en medio de otras muchas señales de nuestro tiem-

po, en la tendencia hoy casi unánime hácia la reforma de las prisiones y la correccion de los penados; tendencia que tanto promete y que no puede ménos de vencer tarde ó temprano todas las resistencias.

Tras de la brecha abierta al antiguo y anacrónico Derecho penal, casi no se ve ya sino á unos pocos y desanimados partidarios del principio de la *retribucion,* que apenas osan desplegar abiertamente su bandera, y ménos aún confesar las inflexibles consecuencias que, como la pena capital, nacen de sus propias premisas; harto perplejos, sobre todo, para buscar todavia algun nuevo pretesto y disfraz aparente con que disimular un tanto la completa desnudez y fragilidad de sus teorías. Sólo cuando se logre arrancar sus postreras armas á esos últimos apologistas de fantasmas galvanizados, mostrando la absoluta inconsistencia, el vacío, la esterilidad de sus doctrinas, tan presuntuosamente expuestas, aunque honradas con el apoyo de la escuela histórica y recientemente revestidas—desde Stahl—con el barniz teológico de la *expiacion;* sólo cuando se las despoje de su prestada aureola de *justicia,* se abrirá libre y ancho camino á la verdad y á la satisfaccion de una de las más apremiantes necesidades

de los pueblos civilizados: la reforma fundamental de su Derecho penal enmohecido.

No queremos omitir las oportunas reflexiones de dos escritores holandeses sobre los esfuerzos de los mencionados criminalistas, con tanta más razon, cuanto que, de otro modo, sólo de muy pocos de nuestros compatriotas serian conocidas.

«Los más—dice uno de ellos (1)—se preocupan de consideraciones enteramente abstractas sobre una justicia penal, que para nada se ocupa del fin de la pena, afanándose por descubrir un fundamento jurídico que autorice la represion del mal por el mal; esto es, por otro *mal ulterior*, que se quiere dorar con el nombre de *necesario:* proceder en un todo semejante al del sábio que, partiendo de la proposicion $2\times2=5$, consagrase despues su vida á la investigacion de un método de multiplicar capaz de demostrarla.»

«Si es incontestable—prosigue—que nuestras legislaciones penales tienden en todo, áun abstraccion hecha de la pena de muerte, á hacer im-

---

(1) Modderman, *La pena no es un mal (Straf geen Kwaad.*—Amsterdam, 1874.)—Véase nuestra noticia sobre esta obra en los *Anales de Heidelberg (Heidelberger Jahrbücher)*, 1865, núm. 2.

posible para el criminal el renacimiento á una vida conforme á su destino, y que permanecen en gran atraso é inferioridad respecto del grado de civilizacion que alcanzamos, aparece como una necesidad urgente la de examinar las ideas reinantes en este punto, para acabar de una vez con ese Derecho penal que parte de la oposicion entre el interés del Estado y el del delincuente, entre el juez y el cristiano, entre la Ciencia moral y la jurídica, y á quien no preocupa la duda, hoy tan generalizada, sobre la libertad de la voluntad. Seguramente, mientras se cuestione si la voluntad es ó no libre, merecerá la preferencia este principio penal, que no se sostiene y cae con la libertad, como el hoy todavia dominante; sino que antes bien, es tan perfectamente compatible con el determinismo, como la coaccion psíquica de Feuerbach mediante la intimidacion. Sobre la huesa del antiguo Derecho penal, bien pudieran tenderse la mano amigos y adversarios del determinismo.»

«Sin duda que el Delito dá en sí mismo señal efectiva de un estado nada ménos que moralmente libre, y que su agente debe en todo caso, por medio de la pena, ser colocado en situacion de no poder hacer daño, y conducido á mejores disposiciones

morales. En virtud de la única concepcion exacta de la pena como un *beneficio,* bórrese, en la cuestion de la imputabilidad como en la de proporcion, toda discordancia entre las exigencias del Derecho y las de la Moral, la Religion, la Psicología, la Historia. Entonces, y teniendo presente que somos falibles, nunca engendrarán nuestras penas nuevos perjuicios ya irreparables.»

«Esta esperanza—concluye el jóven y docto holandés—de que al cabo se comprenderá la verdadera naturaleza de la pena, bien puede alimentarse decisivamente en vista de la Historia, que nos muestra cómo ha enmudecido con el tiempo el clamor de los hombres que presumian de prudentes y *prácticos,* contra la aventurada afirmacion de los *filántropos sentimentales,* de que la seguridad del Derecho puede tambien alcanzarse sin tormento, mutilaciones ni rueda; sin marca, picota ni azotes; y que la sociedad no tiene autoridad alguna para semejantes ferocidades. Despues que todas, poco á poco, se hayan sepultado juntas en la fosa comun de la pública execracion, les seguirán tambien al fin, por la inexorable lógica de los hechos, el cadalso y esas altas escuelas de abyeccion, universidades del vicio, las *prisiones en comun;*

y cesaremos inmediatamente, en justa consideracion al Derecho y en provecho propio al par, de hacer imposible á los criminales por ambos medios, en todo tiempo estériles, el cumplimiento de su destino.»

Enteramente acorde en lo capital con su compatriota, otro holandés (1) exclama desde Batavia, que mediante este principio de que la pena, por su naturaleza, no puede ser un mal, comienza una vida enteramente nueva para la Ciencia jurídico-penal, que condena toda la penalidad antigua, lo mismo la ejecucion y los palos que el descuartizamiento, etc.: porque en ella se negaba siempre al hombre su derecho, creyendo lícito sacrificarlo en provecho de los demás. Tiempo hace que ha presentido el pueblo la iniquidad de estos atentados, compadeciendo como mártires á las víctimas inermes de este Derecho del más fuerte, y procurando por todos los medios ayudarles á burlarlo.

¡Ojalá que esta esperanza de nuestros hermanos de raza, expresada con tanta decision, se vea

(1) A. van der Does de Bye, *Los principios modernos del Derecho penal*, etc. *(De moderne beginselen van Strafregt*, etc.)—Véase nuestro informe en los *Anales de Heidelberg*, 1866, núm. 32.

tambien pronto justamente cumplida en Alemania! Más de una generacion hace que procuramos cooperar á este fin con todas nuestras fuerzas: tengamos confianza en que nuestro trabajo no será enteramente perdido.

C. Röder.

Heidelberg, Marzo de 1867.

INTRODUCCION.

Casi nueve décadas há que, contendiendo en ardiente lucha, se han abierto paso, especialmente en Alemania, todas las opiniones posibles tocante á los primeros fundamentos del Derecho penal, sin que hasta hoy ninguna de ellas haya alcanzado triunfo decisivo. De entonces acá, se ha venido reconociendo gradualmente la fragilidad de las teorías de intimidacion, tanto tiempo reinantes en las legislaciones; pero no habiéndose obtenido este resultado mediante una crítica *positiva*, elevándose al claro y recto conocimiento de las exigencias que de un principio exacto de Derecho nacen para toda reforma fundamental en esta esfera, se ha quedado la Ciencia á mitad de camino y en una situacion á todas luces desesperada: pues no pasa de la afirmacion (aunque verdadera, meramente *negativa)* de que ninguna doctrina penal puede jamás buscar supuestas utilidades exteriores, sean las que fueren, á costa del Derecho, ni modificar, pues, de modo alguno,

para lograrlas, la pena justa y debida que sólo ha de tener en cuenta el hecho mismo perpetrado.

Creyóse colmar este vacío pidiendo, bajo el nombre de *teoría de la justicia*, que se determinasen con absoluta firmeza los *límites* prescritos á la pena por el delito cometido, é insistiendo en la idea segun la cual debe resultar aquella como pura consecuencia necesaria de éste, ó en otros términos, como su justa retribucion. Ahora bien; si esto no hubiera sido sencillamente retroceder á la infancia de los pueblos, en que la pena sólo responde á la satisfaccion del sentimiento de venganza, estableciéndose á lo sumo cierta medida exterior para lograr tal fin, esa teoría debiera haber comenzado, ante todo, por mostrar el camino para hallar dichos límites, y luego, dentro de estos, los medios propios y la justa gravedad de la pena; deberia haber dado, pues, indicacion precisa y fundada en el principio del Derecho, de la verdadera y característica *naturaleza de la pena*, y de lo que en ella debe, no sólo *omitirse*, sino *realizarse*, para que la justicia se vea efectiva y completamente honrada.

Pero esta indicacion era de todo punto imposible, *partiendo de la concepcion reinante en el Derecho desde Kant hasta hoy*, y mantenida en lo esencial tambien por Fichte, Hegel y Stahl, á los cuales, conscia ó inconsciamente, siguen casi todos los autores de teorías penales de algu-

na importancia. Segun esta concepcion, los hombres no pueden exigir unos de otros sino *omisiones*, no *prestaciones* positivas. Mas así como sin estas prestaciones son inconcebibles la educacion, la tutela, la penalidad, así tampoco cabe deducir de ese principio jurídico negativo un *derecho* á la educacion, á la tutela ni á la pena. No toca ahora demostrarlo con detenimiento, segun creemos haberlo conseguido suficientemente en otros lugares (1); pero sí notar el fenómeno, verdaderamente admirable, de que en la pátria de la Filosofía haya podido olvidarse que toda exposicion de teorías penales flota en el aire irremisiblemente, mientras no se demuestra su fundamento en una idea exacta del Derecho y el Estado.

Si, por tanto, era de todo punto imposible en la Ciencia salir de tan desesperado punto de vista, dar un solo paso hácia adelante ni alcanzar un fruto sano y fecundo en el campo del Derecho penal, mientras no se reconociese toda la esterilidad del antiguo concepto kantiano y se le reemplazase por otro más firme, concíbese, sin embargo, que la vida jurídica no podia suspenderse por completo hasta entonces. La civilizacion siempre pro-

(1) Principalmente en nuestros *Principios de Derecho natural*, como tambien en nuestros escritos *La ejecucion de la pena en el espíritu del Derecho* y *La pena correccional y sus instituciones, como exigencia del Derecho.*

gresiva de nuestro tiempo engendró en la esfera del Derecho opiniones más ilustradas que se abrieron camino, á lo ménos, en lo referente al género y modo de cumplirse las penas; eludiéronse y destrozáronse por todos lados las añejas máximas de las escuelas y de las legislaciones; un nuevo y superior espíritu se infiltró en la aplicacion de las leyes penales y en el régimen de los establecimientos destinados á este fin, y contribuyó á desterrar insensiblemente tantas y tantas injusticias é inhumanidades arraigadas. Pero si esto es incontestable y debe reconocerse con gratitud, no lo es ménos que la Ciencia y con ella la legislacion nada han puesto de su parte para ayudar *por el camino derecho* (1) á que la verdadera justicia consiga en la vida el valor que por esto mismo se intentaba procurar mediante rodeos.

Guiar los espíritus hácia este camino, ya des-

(1) Es un progreso de importancia que comience poco á poco á comprenderse esta necesidad. Así Hänell, en un libro que recientemente ha publicado (*Sistema de la ciencia de las prisiones —System der Gefängnisskunde*, párrafo 3.º, etc.), insiste expresamente sobre la proposicion de que la Ciencia de las prisiones tiene el mismo principio que el Derecho penal—contra Stahl, Wick y J. H. Fichte—y hace notar exactamente que si la ejecucion de la pena *puede* y aun *debe*, como se dice, proponerse otros fines que no estén fundados en su propio principio, ni por tanto en la teoría del Derecho criminal, se deduce de aquí que esta teoría tiene aún esenciales defectos y que hay que indagar de nuevo y más profundamente la naturaleza de aquella institucion.

envolviendo principios jurídicos más exactos que los reinantes, ya aplicándolos inmediatamente á resolver el problema de una verdadera doctrina penal (1), ya en fin, mostrando la necesidad incontrovertible de una reforma fundamental en la ejecucion de las penas y por consiguiente en los establecimientos de este género (2), ha sido el objeto preferente de los esfuerzos del autor, aunque sin lograr todo el éxito deseado (3). Pues segun las abstractas nociones hoy en boga acerca de la justicia criminal, ¿qué importa á los hombres que profesan el Derecho la ejecucion de las sentencias ni el estado de las prisiones? Todo esto es cosa

(1) Además de nuestros mencionados libros y de muchísimas críticas científicas sobre obras tocantes á este asunto, debe aquí indicarse nuestro breve escrito sobre la *Fundamentacion jurídica de la pena correccional (Zur Rechtsbegründung der Besserungstrafe*, 1846).

(2) Primeramente hemos señalado esta necesidad expresamente en el *Nuevo Archivo de Derecho criminal (Neues Archiv des Kriminalrechts*, 1850) número 17 *(Para entenderse sobre la relacion del aislamiento con la Legislacion penal)*; y en la Memoria sobre la *Reforma de las prisiones por el sistema del aislamiento* (1856); posteriormente, en nuestros citados trabajos sobre *La ejecucion de la pena*; *La pena correccional*, etc., etc.

(3) Sin embargo, nuestros esfuerzos en ambos sentidos no han dejado de hallar alguna acogida, especialmente en el extranjero, y sobre todo en Holanda y España. En Alemania, nos han complacido señaladamente las felicitaciones de no pocos magistrados y funcionarios de establecimientos penales y la honorífica discusion de nuestros novísimos escritos por un moralista tan competente como Th. Schliephake, en la *Revista de Política general (Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft)*.—Tubinga, 1865, p. 101, etc.

puramente de la *Administracion*. ¿Para qué necesitan, pues, leer los escritos que de ello se ocupan? Ni parecen sentir tampoco muy vivas inclinaciones por sujetar á una reflexion filosófico-jurídica el valor ó la inconsistencia de las ideas que sobre estos asuntos han aprendido en las Universidades, ni se cuidan de preguntarse, en el caso de que ellos mismos pertenezcan al Profesorado, si se han dejado ó no engañar acerca de la solidez de sus propias doctrinas. En suma, dada la desconsoladora ruina de la actual Filosofía alemana y el exclusivismo de nuestras escuelas, no hay que pedir á los sectarios de ninguna de ellas suficiente abnegacion para condescender en examinar circunspectamente nuestros citados escritos, que parten de otro punto de vista que el suyo, y por tanto manifiestamente falso.

Así, no nos quedaba otro camino, para que el presente trabajo no pasase desatendido tambien y aun sin ser leido, que ver de colocarnos puramente en la esfera *comun y accesible á todos,* de las leyes generales del pensamiento y del mero buen sentido, combatiendo con su auxilio las más notables teorías penales reinantes todavia hoy, *desde su mismo punto de vista,* no desde otra opinion ó doctrina preconcebida, como se ha intentado con tanta frecuencia como inutilidad. El que aun de esta lucha con armas *iguales* huye, y recurre al antiguo y descortés recurso del silencio sobre cuan-

to no le conviene, bien puede presumirse que, por más importancia que quiera aparentar, tiene conciencia de la mala causa que defiende; mientras que por el contrario, estamos seguros de que los hombres *sinceros* entrarán con nosotros en este camino, y, ó nos darán la razon, ó nos convencerán de nuestros errores. Por lo demás, esperamos que el siguiente análisis de las más afamadas teorías mostrará con clara evidencia que, si el pueblo aleman puede quizá exceder á otros en riqueza de pensamiento, por lo que hace á su desarrollo rigoroso y consecuente, en nada aventaja y aun cede notablemente á algunos.

Pero que aun en nuestros más sagaces pensadores se hallen frecuentes inconsecuencias y saltos en el desenvolvimiento de sus principios penales, se explica todavia por una razon particular, que hasta cierto punto les excusa.

Con efecto, desde que se comenzó á entrever la imposibilidad de que una teoría penal se satisfaga con el inmediato é indeleble sentimiento (ó más bien presentimiento) de que el Derecho exige que á todo delito siga una pena; sino que, antes bien, esta pena, para ser racional y justa, no ha de mirar sólo hácia atrás, expresando la mera vindicta ó la retribucion, y tendiendo—como se dice con esa nebulosidad tan en boga entre nosotros—á la *reparacion*, al *castigo*, á la *expiacion*, ó bien á *restaurar la magestad del reino de Dios en la*

tierra, etc., etc.; que ha de dirigirse á un fin racional claramente determinado y aparecer conforme con él; que, en suma, toda doctrina penal debe tener plena conciencia del fin de la pena, y servirlo, que debe, pues, ser *relativa;* desde entonces se ha venido incurriendo, por lo comun, en el error opuesto, considerando lícito proponer arbitrariamente como objeto de aquella una utilidad cualquiera exterior, cuando no muchas juntas, é intentando determinar su género y grado puramente segun este objeto y los medios adecuados á él, sin cuidarse de la posibilidad ó imposibilidad de deducirlos del fundamento jurídico de la pena, es decir, de su correspondencia con la necesidad y merecimiento de ésta que en el delito aparecen.

Muy pronto notaron, sin embargo, los defensores de estas teorías relativas que les era imposible desenvolver rigurosamente sus respectivos principios fundamentales, sin poner por completo de manifiesto su parcialidad é insuficiencia: como que ese rigor interno es condicion indudable de la unidad y solidez científicas de toda doctrina. Huyendo entonces de consecuencias lógicas, cuyo absurdo saltaba á la vista, las sustituyeron con otras de mejor apariencia, tomadas de opiniones igualmente parciales y acaso diametralmente opuestas; y así resalta en aquellas teorías, que sus autores proclaman como *las más sencillas*, la

incompatibilidad radical de sus conclusiones, tanto *entre sí* como con *sus mismos* principios, mostrando que no son de modo alguno sino teorías *compuestas* (eclécticas ó sincréticas).

No hay para qué insistir en la completa impotencia científica de todas estas compilaciones meramente exteriores de proposiciones yuxtapuestas, quizás verdaderas en sí. La clave de este fenómeno innegable no tardará en hallarla quien siga atento é imparcial la presente exposicion, en que se discuten dichas teorías, y de la cual resulta que cada una de ellas abraza sólo una parte, un aspecto de la esencia real y total de la pena, necesitando, por tanto, el auxilio y complemento de las demás: auxilio que seria vano pretender por medio de dicho procedimiento mecánico, ni reuniendo desde luego los más diversos fines, sin elevarse á un principio *superior*, que conteniendo en sí todas estas direcciones subordinadas, parciales, opuestas, sólo á medias verdaderas, y encaminadas á tal ó cual utilidad para el todo social ó para sus miembros, las concierte y reconcilie interna y vitalmente, completándolas unas por otras.

Ojalá nuestra exposicion, distinguiendo lo acertado de lo erróneo en las ideas penales más en uso, haga nacer la conviccion de que este principio de unidad y punto á la vez de partida para todo el Derecho penal sólo puede hallarse

mediante la exacta indicacion del *inmediato fundamento y fin jurídicos de la pena;* y de que manteniéndose en él con rigor, lo justo aquí, cual siempre, ha de favorecer por sí mismo, tan por completo y de seguro como pueda desearse, el interés bien entendido del todo social en y con todos sus miembros: mostrándose de esta suerte, tarde ó temprano, como lo más útil y provechoso en todos sentidos. Entonces y sólo entonces se conseguirán, pues, juntamente, y sin necesidad de buscarlas, todas esas buenas y saludables consecuencias de la pena, elevadas á pretendido fin de ésta, y á las cuales, ya unidas, ya separadas, se quiere atender únicamente, con tanta frecuencia como notorio menosprecio de las más elementales exigencias de la justicia.

En esta exposicion, hemos creido deber limitarnos á lo que nos parece hoy más apremiante: á traer á la conciencia de nuestros contemporáneos y de nuestros colegas la seguridad de que *mientras falte* esa firme base jurídica, no hay que pensar en una renovacion sólida del Derecho penal, que reemplace al antiguo, nacido en los tiempos de mayor rudeza y barbárie, de cuyas matanzas, cadenas y otros tormentos tan ignominiosos y crueles como estos, aún no se ha libertado nuestra edad enteramente; y que hasta entonces, todas las reformas legislativas sólo pueden ser abortos prematuros, propios no más para

aumentar la confusion reinante en las ideas.

Nuestro propósito de presentar una fiel imágen de las principales direcciones viciosas que hasta hoy dominan en la teoría de la pena, pedia de suyo que no tomásemos en cuenta sino aquellos ensayos que, ya por su originalidad característica, ya por el crédito de sus autores, han ejercido mayor influjo en la Ciencia, en las leyes y en las opiniones reinantes en los hombres cultos; mientras que hubiéramos tenido por ocioso y aun por perjudicial discutir tambien detenidamente las innumerables ramificaciones, combinaciones y transacciones que de esas principales doctrinas se ofrecen en escritores nacionales y extranjeros (1), ó las nuevas trasformaciones, más ó ménos escolásticamente coloreadas, en que han venido á parar errores añejos. Por lo general, hemos procurado evitar, en cuanto cabe, todo lo que pudiera interrumpir la sencillez y consecuencia de la série del pensamiento, ó dañar á su claridad y evidencia, ó aplicarse más bien á las personas que á las cosas.

La frecuencia con que creemos deber remitir al lector á otros trabajos nuestros, se justifica porque ciertas verdades importantes se encuentran allí desenvueltas *directamente,* á partir del único concepto del Derecho que tenemos por seguro,

(1) Como Henrici, Oersted, Rossi, Mancini, Romagnosi, Bentham y otros.

mientras que aquí no aparecen sino *con ocasion* de contradecir agenos errores, y por tanto—si es lícito usar una comparacion matemática—como mediante la *regula falsi* (1); aspirando únicamente, como resultado del presente escrito, á reunirlas para utilizarlas como piedras de construccion en la teoría correccional. En lo restante, nos hemos abstenido de citas donde no nós han parecido enteramente necesarias, ó útiles á lo ménos, aunque tan fácil hubiera sido triplicar la extension de este trabajo—á costa de la del círculo de sus lectores—aprovechando los extractos que de centenares de obras, pertenecientes á todos los pueblos civilizados, hemos hecho desde casi cuarenta años acá. Los inteligentes en estos asuntos no necesitan del barniz de una erudicion abigarrada para conocer si un escritor estaba ó no llamado á trabajos críticos de esta clase. Además, de cuán poco puede servir la extension para compensar la falta de perspicacia y de principios jurídicos exactos y para acelerar la madurez de las cuestiones científicas, harto lo han mostrado especialmente los escritos de Hepp sobre las teorías del Derecho penal.

---

(1) Ya Ciceron habia notado: *mihi non tam facile in mentem venire solet, quare verum sit aliquid, quam quare falsum.*

§ 1.

FIN Y PLAN DE ESTA OBRA.

Nuestro asunto, pues, segun lo dicho, se reduce en suma á exponer tan concisa y fielmente como nos sea posible las más notables é instructivas de las teorías reinantes respecto del primer fundamento del Derecho penal en el Estado; examinar á fondo cada una de ellas, desde el punto de vista del mero sentido comun humano, ante todo en su interior unidad, rigor y consecuencia, despues tambien á veces en comparacion con otras; y establecer por último en cuanto quepa, mediante un breve resúmen, así de lo verdadero como de lo falso que nos resulte de este exámen, los únicos principios sobre que puede edificarse una doctrina penal realmente sólida y fecunda. Sólo, por tanto, aprovechando los datos de una concienzuda anatomía de las ideas fundamentales y desenvolvimientos de los más eminentes espíritus en esta esfera, y evitando las faltas en que ellos incurrieron, es como procuraremos en el presente libro indicar el recto camino para llegar al término deseado.

§ 2.

REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONCEPTO Y MISION DE UNA TEORÍA PENAL.

Entiéndese por *Teoría de Derecho penal* la consecuente deduccion de las más generales verdades fundamentales de la Ciencia del Derecho sobre la pena y la criminalidad (1), desde una primera verdad que puede designarse como principio de esta esfera, y que á su vez resulta pura y exclusivamente de la aplicacion de la idea del Derecho á la relacion de la Sociedad jurídica con los trasgresores y perturbadores de aquel. Si para determinar el concepto de la Ciencia del Derecho penal no se quieren presuponer determinadas opiniones sobre éste (2), sino aspirar á un general asentimiento, puede sólo definirse como la *Doctrina del delito y la pena.*

De todos modos, es inconcebible fundar sóli-

(1) *Strafwürdigkeit*, culpabilidad, merecimiento de pena, propiamente *punibilidad.—(N. T.)*

(2) Como por ejemplo, hace Feuerbach, al definir esta Ciencia "la Ciencia de los Derechos del Estado, determinados en la ley de éste, contra sus súbditos contraventores:" explicacion contra la cual se ha objetado que, por lo visto, Cain, al matar á su hermano, no cometió delito alguno.

damente el Derecho penal en el Estado, sin tener completa claridad sobre los conceptos *Derecho, Estado, Pena* y su íntima relacion. A la verdad, todo el mundo habla de delitos y penas, de su magnitud ó gravedad, y de la necesidad de justa proporcion entre unos y otras; pero muy pocos, los ménos, han considerado alguna vez detenidamente qué es lo que constituye al delito en delito, en pena á la pena, y las razones que pide nuestro juicio tocante á si tal determinada pena es ó no merecida, ó en otros términos, justa.

Ni se concibe mejor tampoco la posibilidad de un enlace interno entre las doctrinas particulares del Derecho penal, sin la unidad científica de un principio supremo de donde todas aquellas se deriven, debiendo, si son rigurosamente deducidas, mostrar el mismo sello característico y la misma verdad ó falsedad que éste. Si las consecuencias, pues, repugnan manifiestamente á la razon, si conducen por ejemplo á una crueldad irritante, afírmese con absoluta certeza que, ó bien no han sido rectamente sacadas del principio, ó bien el principio nada vale: piedra de toque ésta tanto más importante, cuanto que es muy frecuente no reconocer con facilidad la verdad ó el error de una proposicion puramente general, sino en sus aplicaciones. Si resultase evidente que la indagacion del principio de la pena coincide con la de su fin, esa prueba de la exactitud del principio

por sus consecuencias vendria á convertirse en prueba tambien de la bondad del fin por la de los medios que exige su realizacion, los cuales, si aparecen notoriamente irracionales é injustos, muestran que, ó no son ellos los que directamente corresponden al fin, ó es absurdo el fin mismo, é inasequible, pues, por medios racionales.

En cuanto á los que niegan la posibilidad de toda teoría penal, no es esta ocasion de contestarles. En rigor, esta negacion sólo puede provenir de los que rechazan en general la existencia de un Derecho racional y eterno, no reconociendo otra fuente jurídica que la arbitrariedad de los hombres. Los fundamentos sobre que en apariencia descansan semejantes negaciones no pueden ser otros para *parte* alguna del Derecho, ni por tanto para el Derecho penal, que para el Derecho *todo*. Nada habria que oponer á ellos, si se limitasen á dar á entender que es indispensable existan un Derecho y Derecho penal *positivo;* porque necesariamente, al aplicar las ideas racionales del Derecho en general y del penal en particular á la materia individual de las condiciones temporales y peculiares de un determinado territorio y pueblo, deben tomarse en consideracion dichas condiciones. Pero, al reconocer esta exigencia, se reconoce implícitamente tambien la posibilidad de que la razon ordene el único modo conforme con esas condiciones, segun las cuales han de

aplicarse los principios del Derecho, verdaderos para todo tiempo y lugar: lo cual seria inconcebible si no presidiera un criterio seguro á esta aplicacion.

Ningun Derecho positivo, ni de consiguiente ninguna legislacion penal pueden ser racionales y conformes á su tiempo, sino en cuanto resuelven el problema de trazar exactamente el límite en que, dado un estado histórico, es asequible entonces aproximarse al supremo ideal. Cómo haya de procederse en este concierto de la idea con la vida, debe demostrarlo la *Política* (Doctrina del Arte del Derecho y Estado), y respecto del Derecho penal, la *Política penal,* en el único sentido propio de la palabra. De la diversidad de situaciones, dependen muchas diferencias en la determinacion, tanto de la criminalidad, como del género y medida de la pena, para cada época y pueblo; mas los primeros fundamentos de esta misma determinacion son eternamente idénticos y piden igual consideracion siempre. Ahora bien; sólo á estos principios puede referirse la teoría de la pena.

Querer dudar de la posibilidad de esta teoría (1) porque ni la antigüedad ni nuestras modernas legislaciones hayan partido de una doctrina penal precisa, ó porque los sábios hasta

(1) Apenas se concibe mayor señal de pobreza filosófica que la que dá Hepp, con esta duda, en la primera edicion de su libro sobre las teorías de Derecho penal.

hoy no hayan podido ponerse de acuerdo sobre ella, seria más que irreflexivo; pues idéntica duda cabria elevar contra todas aquellas Ciencias que no descansan en leyes matemáticas ó físicas.

La cuestion histórica de si las leyes penales vigentes en tal ó cual país ó aun el Derecho penal comun de Alemania descansan en principios precisos y determinados—como, á lo ménos del último, se afirma con harta frecuencia—no puede ocuparnos naturalmente aquí; si bien se nos ofrecerán repetidas ocasiones particulares para demostrar incidentalmente lo contrario. Nótese tan sólo cómo, para que estas afirmaciones mostrasen alguna apariencia de verdad, no deberian provenir sino de aquellos que, suponiendo á las legislaciones positivas un principio *enteramente indeterminado,* y de consiguiente en extremo ambiguo y complejo (por ejemplo, el llamado principio de *la justicia),* lo juzgasen como el único exacto y suficiente. A la verdad, nadie todavia ha expuesto una teoría penal sin creerla y explicarla como la única conforme con el Derecho y la justicia; y aun hasta hoy los más de los criminalistas han intentado, no sin éxito, reconocer sus propias teorías en el mismo Derecho vigente.

Sin embargo, un exámen imparcial mostrará de seguro que hasta el dia todas las legislaciones penales se contradicen enteramente en muchos puntos, y *tienen que contradecirse:* no partiendo,

como no parten, de *un* principio jurídico penal, ni ménos todavia del *único exacto*; antes contienen proposiciones derivadas de los más diversos y aun opuestos principios, y tan incompatibles entre sí, de consiguiente, como estos (v. g., la pena de muerte y la prescripcion de los delitos ó aun de las penas). Y si esto puede afirmarse respecto del estado actual de la legislacion y de la Ciencia, difícilmente se necesitaria mejor prueba para demostrar con cuánta más razon cabe decirlo de todas las épocas anteriores. A lo ménos, para los que han llegado á reconocer la vida é informacion del Derecho como parte de la vida y civilizacion totales, y por tanto la interna necesidad de igual proporcion general en el progreso ó retroceso de ambas, debe parecer verosímil que lo que aún no han alcanzado las naciones más cultas de nuestro edad, ménos todavia pudiera lograrse en tiempos y pueblos incomparablemente inferióres en cultura. Cuanto más progrese la civilizacion toda, tanto más resaltarán en el Derecho penal los restos evidentes de la ignorancia y dureza de nuestros antepasados; tanto más se aproximarán las leyes al verdadero principio de la pena; y entonces, aun en caso de contradecirse interiormente, prevalecerá en ellas la interpretacion más conforme á este principio.

§ 3.

CUADRO DE LAS TEORÍAS PENALES MÁS IMPORTANTES (1)

(Segun Bauer.)

Del curso de la siguiente indagacion resultará con toda evidencia cómo no puede existir sino una sóla doctrina penal completamente verdadera y bajo todos aspectos satisfactoria, que abrace en sí las distintas verdades parciales de que se alimentan las teorías reinantes en medio de su supuesta

(1) Para el mayor exclarecimiento de la clasificacion de los sistemas penales, creemos conveniente insertar un breve extracto de la que en el número de la *Revista de España* correspondiente al 10 de Mayo de 1871, hace el Dr. D. Francisco de la Pisa Pajares, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, y que procede segun un criterio algo distinto del adoptado por el autor de la presente obra. Hé aquí ahora los puntos capitales del notable trabajo del Dr. Pisa, quizá el más importante y sistemático que hasta hoy ha visto la luz en nuestra pátria.

Despues de un preliminar consagrado á determinar la naturaleza y representacion de los sistemas en la historia del pensamiento humano, así como la cuestion de su clasificacion racional, señala como elementos integrantes del Derecho penal: la *pena*, el *sér* que la impone y las *funciones* que constituyen el procedimiento de esta im-

independencia; y asimismo que todas y cada una de estas teorías, *como tales*, carecen de base firme y consistente, por más que su contenido esencial, una vez reducido á su justo valor, y en sus límites, deba siempre hallar el obligado reconocimiento. Mas entretanto, y para la claridad de la exposicion, consideremos préviamente—aunque sin

---

posicion: á tenor de cuyos factores han de clasificarse luego tambien los diversos sistemas penales.

Tocante á la primera de estas cuestiones, la naturaleza de la pena, los sistemas se distinguen ante todo segun que la consideran ó no como un padecimiento; despues, segun que la fundan en el delito cometido, ó en el que se teme para lo venidero.—Los sistemas que imponen la pena *quia peccatum est*, se proponen reparar el delito, ó en sí, ó en sus efectos, los cuales son exteriores ó interiores, y estos á su vez en el ofendido (sistema de la *venganza*—divina, individual ó social) ó en los demás (sistema de la *reparacion moral*). La reparacion del delito en sí mismo versa sobre el elemento interno del acto punible, y dá lugar á la reparacion de la voluntad en sí propia (sistema de la *enmienda*), ó en sus determinaciones (sistemas de la *expiacion* y del *pacto*), ó versa sobre el elemento externo (sistema de la *reciprocidad*).—Las doctrinas que atienden á imponer la pena mirando á lo por venir, pueden clasificarse segun el particular fin que se proponen y segun el medio adoptado para prevenir los delitos. Comenzando por este último punto de vista, si se atiende al elemento interno ó espiritual del delito, nacen los sistemas de la *correccion*, cuando se quiere obrar sobre la voluntad: de la *advertencia*, cuando sobre la inteligencia; y de la *intimidacion* (libre ó fatal—*impulsion psicológica*), cuando sobre la sensibilidad. Si se atiende al elemento externo de la accion punible, aparece el sistema de la *prevencion exterior*.

La segunda cuestion acerca de la influencia de la pena consiste en el objeto de la misma: los séres sobre quienes obra. Bajo este respecto, los sistemas penales intentan

sujetarnos estrictamente á ella—la clasificacion de las principales teorías que ha expuesto Bauer, y que, cuando ménos, *parece* corresponder á las exigencias de la lógica, mientras no se advierte la falta de interna solidez de sus oposiciones.

Héla aquí:

I.

Teorías *absolutas* (de retribucion), esto es, que no refieren la pena absolutamente á fin alguno, sino que la reputan como mera consecuencia necesaria de la accion ilícita.

---

dirigirse al delincuente *(correccion* y *prevencion exterior)*, ó á los demás *(advertencia* ó *intimidacion)*, ó á todos.

Toca despues considerar la realizacion de la pena, y primeramente, el sér que la ha de imponer, que—en los límites del Derecho penal, en su estricto sentido—sólo puede ser el hombre, ora el indivíduo *(individualismo)*, ora la sociedad como Estado *(socialismo)*, ora ambas entidades (escuela *mixta)*.—Luego, y por lo que respecta al otro elemento de la pena, esto es, al fin de su aplicacion, vuelve á ofrecerse la distincion entre los sistemas *absolutos* y *relativos*, aunque bajo el punto de vista presente, á saber: segun que se reputa la pena como propio fin en sí, ó como medio además para otro fin ulterior, cuya determinacion envuelve las dos siguientes cuestiones: 1) ¿A qué séres se atiende en este fin?—que no cabe sean otros que el indivíduo, ó el Estado, ó ambos, naciendo de aquí otros sistemas respectivamente *individualistas*, *socialistas* ó *mixtos* que los antes indicados; 2) ¿Qué se intenta conseguir mediante la pena?—á lo cual se responde por unos que algo dependiente de la voluntad del hombre (sistema *utilitario)*; por otros, que algo superior

II.

Teorías *relativas*, segun las cuales se considera la pena como medio para un fin jurídico, que al cabo y en general viene á consistir en el mantenimiento del órden del Derecho. Ahora, en vista de los diferentes modos como este fin ha de alcanzarse, se subdividen á su vez en:

A)—Teorías de *compensacion* (de restitucion, de reparacion), que refieren la pena á la perturbacion *efectivamente* cometida en el órden jurídico,

---

á esta voluntad (sistema de *justicia*); por otros, últimamente, que la utilidad dentro de la justicia (sistema *mixto*). Estas direcciones se han tratado de explicar con ménos exactitud como *sensualista* (diversificada á su vez en *sensacionista* y *utilitaria*) y *racional*. Dichos sistemas pueden tambien tomar igualmente carácter *individualista, socialista* ó *compuesto*. Cuando se aspira á concertar los sistemas absolutos y relativos, nacen tambien dos direcciones opuestas, segun que se juzga como principal, ora la justicia (Rossi), ora el fin ulterior de la pena (F. Hélie).

Mas para que un sér pueda penar, se requiere que el delincuente le esté sometido; y esta relacion entre ambos séres, el que pena y el penado, puede explicarse tambien de diversas maneras, ora por la superioridad del primero, ora por la inferioridad en que el segundo se constituye á consecuencia del delito.—La superioridad, ó se reconoce en el Estado, ó en el ofendido por el criminal. En el primer caso, unos la reputan de institucion divina (escuela *teológica*); otros buscan su orígen puramente humano, ya en la ley de las mayorías *(individualismo)*, ya en la naturaleza orgánica de la Sociedad (teoría del *órden social*).—La superioridad del ofendido engendra

proponiéndose como fin inmediato reparar esa perturbacion (compensar, destruir el daño ideal del delito).

B)—Teorías de *prevencion,* que fundan la pena en las lesiones *posibles* del órden jurídico en lo por venir, asignándole por fin inmediato precaver dichas lesiones.

Estas teorías se han subdividido nuevamente en:

1)—Teorias *ejecutivas* (de ejecucion penal),

---

el sistema de la *defensa*, que puede ser *individual*, *social* ó *mixta*, segun el sér que se considera lesionado; así como *directa* ó *indirecta*, segun que se atienda á la lesion efectiva ó la que para en adelante se teme.

Los que ven una consecuencia del delito en la sumision del delincuente al sér que pena, se distinguen en otras dos clases. O bien estiman que aquel se degrada por su mala accion hasta perder los derechos anejos á su personalidad racional, que prostituye; ó bien dan á esta sujecion el carácter de una obligacion civil, que para unos constituye al criminal en deudor (sistema del *pacto)*, y para otros hace equivalente la pena á una indemnizacion (sistema de la *reparacion)*.

La cuestion del ejercicio del poder penal, que es la tercera fundamental en esta esfera del Derecho, dá lugar tambien á nuevas aplicaciones de los sistemas indicados, que procuran resolver los siguientes problemas: 1) Determinar el poder jurídico del Estado y sus límites; 2) Determinar cómo debe ser dirigido. Este último punto abráza á su vez otros dos: *a)* ¿Cuándo hay delito y debe obrar por tanto el Estado? *b)* ¿Qué debe realizar en concepto de pena? *c)* ¿Mediante qué funciones?

El autor advierte además que en la historia, así de la Ciencia como del Derecho positivo (y sobre todo en éste), rara vez se presentan los sistemas penales en toda su pureza y rigor lógico.—*(N. T.)*

que creen conseguir este fin de la prevencion, mediante la aplicacion (juicio y ejecucion) de la pena.

A su vez, esta aplicacion de la pena obra:

A)—Ó meramente sobre el criminal:

a)—Para mejorarlo interiormente: Teoría de la *enmienda*.

b)—Para protejer contra él al Estado: Teoría de la *defensa* en general; que es:

α)—Para prevenir ulteriores atentados de su parte: Teoría de la prevencion *especial*.

β)—Para defender al Estado: Teoría de la *defensa* necesaria ó de la propia *conservacion*.

B)—Ó sobre todos los ciudadanos, por el temor que en ellos produce la ejecucion de la pena: Teoría de la *intimidacion* ó del *escarmiento*.

2)—Teorías *conminatorias* (de prevencion *general)*, que aspiran á conseguir el fin de la prevencion amenazando con la pena (la ley penal), á saber:

a)—En cuanto por este medio deben apartarse del delito todos los ciudadanos: Teoría de la *coaccion psíquica* (llamada tambien de la *intimidacion.)*

b)—En cuanto de esta suerte, todos los ciudadanos deben hallarse advertidos antes de

la comision del delito: Teoría de la *advertencia.*

Finalmente, cuando una teoría parte manifiestamente de diversos principios y fines de la pena, se la llama *mixta, compuesta* ó *sincrética,* á distincion de las teorías *simples* ó *puras.*

§ 4.

EXPOSICION DE LA TEORÍA ABSOLUTA (1).

Los mantenedores de la teoría absoluta convienen todos, en lo esencial, en intentar la *fundamentacion jurídica de la pena* del modo siguiente.

La pena justa jamás puede (á lo ménos, en primer término) referirse á un fin para el cual deba servir, esto es, jamás debe ser relativa, sino antes bien tener sólo en sí misma su fin, ser absoluta. No es permitido usar al hombre como medio,

(1) Quisiéramos tan sólo indicar sumariamente en esta exposicion, primero, lo comun de las teorías absolutas hasta hoy subsistentes, y despues las direcciones capitales en que se dividen. Á este fin, nos ha parecido bastante mencionar á veces un representante autorizado de una ú otra de dichas teorías, pero sin entrar en más pormenores que los puramente necesarios para mostrar su fragilidad. ¡Para qué pedir á nuestros lectores nos ayuden á pasar por la sonora palabrería en que se envuelven los más de los novísimos partidarios de estas doctrinas (hoy más apreciadas que todas), especialmente los de las escuelas de Hegel, Herbart y Stahl! Aquel á quien no enfade seguirles en todas sus singularidades, se convencerá bien pronto de que sus teorías no son ménos infecundas que las de sus grandes predecesores Kant, C. S. Zachariä, etc., alzándose y cayendo con ellas.

ni en su propio provecho, ni en el de otros, ni en el de la sociedad entera, si no se le quiere rebajar á la condicion de cosa. La pena no debe concebirse como una obra de cálculo y prudencia, como un pretendido recurso político; sino meramente como la *necesaria consecuencia jurídica* (reaccion) de un acto ilícito cometido; hallándose delito y pena segun esto en pura conexion *causal* (etiológica, no teleológica); y teniendo lugar exclusivamente *quia peccatum est,* de ningun modo *ne peccetur,* es decir, como pura *retribucion (retributio, seu pensatio mali cum malo).*

Ahora bien, esta relacion de causalidad, como fundamento jurídico de la pena, descansa, segun unos, en el órden moral de las cosas, merced al *gobierno divino del mundo;* segun Kant, en un *imperativo categórico,* esto es, en una necesidad absoluta de razon, la exigencia de la ley jurídica; segun Henke, en la *idea de la justicia,* que obliga al criminal mismo por medio de su conciencia á reclamar para sí la pena («á fin de reconciliarse con su génio tutelar»); en suma: en la conviccion comun, profundamente arraigada en el sentimiento moral y proclamada por una clara voz interior, de que al que mal obra debe acontecerle á su vez un mal, haciéndole lo mismo que él ha hecho («lo que sus hechos merecen»—Kant.) Ó, como se dice de una manera más abstrusa: que la regla ó máxima de su propia conducta debe á su vez serle

aplicada (en retorsion), sin que tenga por consiguiente motivo alguno para quejarse (1).

Sobre el *delito* ó lo punible, esto es, lo que para ellos exige como consecuencia la retribucion, se dividen entre sí principalmente los partidarios de la teoría absoluta.

Quieren unos tomar en cuenta, como objeto de la retribucion, únicamente lo *exterior* de la accion mala, el daño que cae bajo los sentidos (en que reputan consiste la infraccion exterior y la culpabilidad jurídicas): estos sostienen la llamada *retribucion jurídica*.

Otros, por el contrario, quieren atender á lo *interior* exteriorizado, á la *mala voluntad* realizada (la llamada culpabilidad moral ó "perversidad interna del delincuente"—Kant): estos piden la *retribucion moral,* que dicen; pero tal, sin embargo, que en sentir de los más, no toda inmoralidad, sino tan sólo la infraccion de nuestros deberes jurídicos para con otros y para con la sociedad haya de ser penada.

Tocante al *género* y *grado* de la pena, como medio de la retribucion, profesa la teoría absoluta el principio de la igualdad (de la "equivalencia"). Esta igualdad debe ser:

Segun unos, igualdad exterior sensible (material, física), de suerte que se cause al criminal

(1) De este pensamiento originario de Kant se alimenta especialmente el hegelianismo.

enteramente el mismo *mal exterior* que él ha causado, conforme á la regla *idem per idem (retribucion material, literal* (idéntica), *talion* propiamente dicho);

Segun otros, igualdad meramente ideal ó formal, causándose al delincuente un mal exterior *análogo* y proporcionado al *mal interior que revela,* esto es, al valor y demérito interno de su acto, á su culpabilidad *(retribucion formal* ó *ideal,* la cual puede corresponder, ora á la culpabilidad que llaman moral ó interna, ora á la que llaman exterior ó jurídica).

§ 5.

EXÁMEN DE LA TEORÍA ABSOLUTA.

Los que para fundar jurídicamente la necesidad con que, segun la teoría absoluta, nace del delito la pena, como propio fin en sí, que dicen, apelan al gobierno divino del mundo, deben referirse, ó bien á las *instituciones positivas* de una Religion revelada, ó bien al *libre conocimiento puramente racional* del superior órden moral de la vida.

Si lo primero, queda á un lado enteramente abandonada toda investigacion filosófica; si lo segundo, dos condiciones son indispensables. Se requiere ante todo *claro conocimiento* de este órden moral, y por consiguiente de la justicia penal de Dios, como ideal y modelo para la de los hombres, falta sin esto de toda firme base. No es despues ménos necesario tener presente, sin olvidarla un momento, la esencial distincion entre el modo divino de castigar y el humano, tal cual desde luego resulta de la limitacion de todo nuestro sér y actividad. Lo contrario nos llevaria indefectiblemente á una presuncion de infalibilidad, propia sólo de las preocupaciones teocrá-

ticas, y á una quimérica y desdichada imitacion y usurpacion de la justicia divina, para la que nada en verdad nos autoriza. Triste ejemplo de esta confusion ofrecieron en otro tiempo las hogueras encendidas contra la heregía, y con las cuales se creia vengar supuestas ofensas á Dios y anticiparse á las penas del infierno. Pero si nosotros presentimos que en la retribucion de la actividad humana positiva ó negativa con la felicidad (en premio y castigo), consiste la mision de la justicia suprema, tenemos tambien plena conciencia de nuestra incapacidad para realizarla, atribuyéndonos el papel de Nemesis, y de lo impropio y estéril de cualquier tentativa para compensar males morales con otros exteriores y sensibles, siendo, como son, ambos de todo punto incomparables entre sí, é imposible además de calcular préviamente la sensibilidad de cada indivíduo para el dolor.

Ni aparece ménos repulsivo, no ya segun las ideas cristianas, sino en general segun todo sano espíritu religioso, la concepcion del régimen divino del mundo, como un reinado de la ciega fatalidad, sin fin ni plan, ó la del Sér Supremo como un Dios violento y vengativo, que se complace en devolver mal por mal, injusticia por injusticia. Antes bien, Dios no puede ser pensado, en razon, sino como un Dios de amor y de bondad, que siempre y en todo *sólo quiere el bien,*

esto es, el cumplimiento del destino de todas sus criaturas; que les ayuda eficazmente para ello, y que sólo *permite* el mal, obstáculo al bien, como inevitable consecuencia de la limitacion del sér finito. De aquí, que únicamente pueda estimarse *aceptable á Dios* y digna imágen de su justicia una conducta benévola para con todos los séres, aun para con el malo y criminal, conducta inspirada constantemente de aquel fin divinamente bueno, puro y sublime, y que no responde y recompensa al mal sino con el bien, á la injusticia con el Derecho: en suma, una verdadera *reparacion* y correccion (1).

Por lo que concierne á la *absoluta* necesidad racional que se atribuye á la pena, es indudable

(1) Perfectamente dice esto Krause en su *Compendio del Der. nat. (Abriss des Naturrechts*, pág. 115): "Asi como Dios destruye lo contrario á la esencia mediante lo conforme á la esencia, ó en otros términos, el mal y la perversidad mediante el bien, así tambien los séres racionales finitos, que han llegado á adquirir la libertad moral, los hombres buenos. Aquellos séres racionales finitos, que, en un estado imperfecto de libertad, se hallan restringidos todavia en el mal y el pecado, oponen al mal, que reconocen no obstante, en parte, como tal, otro mal, y especialmente otra nueva injusticia á la injusticia, con lo que *á veces* el mal primero se destruye en *parte*, pero *siempre* se aumenta con el reciente: impura lucha, propia en verdad de una vida manchada aún por el pecado.—El derecho de negar ó destruir el mal en la vida es inseparable de la condicion de que esto se haga con pura intencion moral y por medios enteramente conformes á la esencia, es decir, buenos," etc.

Qué valgan las ideas reinantes acerca de la justicia re-

que la razon, en todo acto libre, si ha de ser conforme á ella, pide un fundamento determinante para obrar, un *fin*, al cual sirva aquel de medio, teniéndolo presente y dirigiendo á él nuestra intencion (1). Donde esto falta, decimos que la accion no tiene fundamento, ó en otros términos, que es irracional. No referir, pues, la pena absolutamente á fin alguno, equivale á considerarla falta de razon; apareciendo entonces como un puro mal—sea el que fuere, segun cualquier tarifa arbitraria—irracionalmente agregado al daño anterior para aumentar sin motivo la suma del mal en el mundo.

Conciben los retribucionistas siempre la pena sólo como un mal, y propia y principalmente como un mal "exterior, corporal, sensible"

---

muneradora divina y humana, lo ha expuesto de la manera más completa Abicht, en el tomo I de su *Doctrina del premio y la pena (Lehre von Belohnung und Strafe*, 1796), en la cual se halla tambien (págs. 429-454) un "Ensayo de una historia psicológica de las ideas de retribucion."

(1) De aquí resulta tambien la nulidad del intento de Stahl, en su *Fil. del Der. (Rechtsfilosofie*, 3.ª ed. III, pág. 688), por mostrar la preferencia que merece su concepcion de la pena, en cuanto segun él, ésta *cumple* (es decir *obra)* su mision para "la conservacion del órden jurídico" como su *fin*, por "lo que ella *es* en sí," no "por lo que *obra*," que es lo que pretenden las teorías relativas; siendo "el testimonio en el delincuente del poder superior del órden moral"; pero *que* la pena obre *por sí misma* para el órden jurídico y *cómo*, ni esta última y altisonante frase, ni el anterior y sofístico juego de palabras aciertan á ponerlo en claro.

(Stahl), que enlaza á un "*malum actionis*" un "*malum passionis*." Ahora bien; no siendo para ellos medio la pena, sino fin en sí misma, la imposicion de un padecimiento al criminal forma en verdad el inmediato y próximo objeto del que castiga: cuyo objeto, puramente sensible y tenido por justo, no es, pues, otro que la *venganza*, con que se trata y usa al delincuente como simple medio. Y esta en nada se mejora por los nombres poéticos y ambiguos que dan á su doctrina, v. gr., el de "venganza objetiva ennoblecida," para distinguirla de la "venganza subjetiva," meramente determinada por la pasion del ofendido; ó el de "resentimiento," ó el de "satisfaccion," ó el de "expiacion," cuando no hasta el de "justicia," cuya diametral contradiccion es sin embargo toda venganza. Precisamente viene á caer la teoría absoluta en una falta que sin razon se vanagloría de ser la única que la ha evitado, mientras la echa en cara á todas las demás escuelas, á saber: la de rebajar al hombre á la condicion de instrumento para un fin, á expensas del Derecho.

De lo hasta aquí dicho, resulta cuán imposible sea poner siquiera en cuestion que la pena, como cualquiera otra accion humana, la coaccion inclusive, ha de referirse esencialmente á un fin, y fin determinado, inmediato y no sensible; no debiendo ser concebida (para no caer en la concep-

cion falsa, á que responden la imágen de la antigua Themis y el axioma: *fiat justitia et pereat mundus)* como un acontecimiento ciego y fatal, al modo de los de la Naturaleza; sino como una accion moralmente necesaria, esto es, libre, fundada en la razon: pues la libertad es el poder de determinar con conciencia nuestros actos segun fines racionales.

Así, aun los mismos partidarios de la retribucion se ven obligados, á costa de la consecuencia, á señalar á la pena un fin último, disfrazado con muy diversas palabras (1): *la realizacion del órden y ley del Derecho;* por lo cual han dado en los últimos tiempos á su teoría el nombre, á la verdad deslumbrador, pero completamente indefinido, de *teoría de la justicia,* si bien nadie más fuera de situacion que ellos para justificar este monopolio que pretenden arrogarse. Hasta hoy no se ha dado una sola teoría penal que no haya *afirmado,* exactamente lo mismo que la absoluta, hallarse fundada en el Derecho, y por tanto al servicio de la justicia. Y pues que notoriamente todas las medidas é instituciones jurídicas tienen

(1) Más detalladamente hemos explicado esto, al juzgar la obra de Preuschen: *Teoría de la Justicia (die Gerechtigkeitstheorie)*, en los *Anales críticos de la Ciencia del Derecho en Alemania* de Richter y Schneider *(Richter's und Schneider's krit. Jahrbb. für deutsche Rechtswissenschaft*, 1841, ent. 9); y otras muchas veces desde entonces.

de comun este fin último con la pena, parecia natural indicar—cosa que hasta el presente no se ha hecho—qué atributo *exclusivamente* peculiar y característico debe tener la pena, á distincion de los restantes medios y elementos del Derecho, en virtud de la ley de este y para poder cooperar por su parte á su realizacion; en suma: cuál sea, con toda precision, el inmediato fin jurídico á que ha de adaptarse (1). Cómo pueda olvidarse esta sencillísima é indudable exigencia, es verdaderamente inconcebible; de igual manera que lo que Hepp, por ejemplo, y otros hacen—en sus visibles esfuerzos, rechazados por Stahl, para acercarse de esta suerte á la teoría absoluta—pidiendo que aun las mismas teorías relativas se atengan al nebuloso é indeterminado fin del *mantenimiento del órden jurídico;* no otra cosa hacen en realidad las de la propia conservacion y de la reparacion del mal interno, imitando á los adep-

(1) En Bauer *(teoría de la advertencia)* y otros se notan sobre todo estos adornos, á veces por demás singulares, que consisten en un claro oscuro de frases retóricas, casi todas vacías, aunque muy en uso; por ejemplo: la pena es "puro acto de justicia" (como todavia Bauer mismo lo llama), "manifestacion exterior de la interna santidad de la ley," ó "de la armonía del todo, perturbada por el delito," "negacion de la arbitrariedad ilegítima, ó de la injusticia, resolucion de lo injusto en justo, lesion de la lesion (negacion de la negacion) del Derecho, compensacion de lo injusto por el Derecho, restablecimiento de la paz," etc., etc.

tos de la supuesta teoría absoluta "de la justicia," v. gr., Abegg y Stahl.

Merced á todo ello, se ven los partidarios de la retribucion imposibilitados asimismo (como los de todas las demás teorías igualmente indeterminadas) para fijar una *exacta medida jurídica* de la penalidad, medida que es precisamente la mejor piedra de toque de cualquier doctrina en esta esfera, y que sólo puede deducirse de un fundamento y un fin de la pena, claramente determinados en el Derecho.

Lo único que de verdad se encierra en la última y más reciente forma indicada de esta antigua teoría, consiste en el principio *puramente negativo* de que jamás es lícito asignar á la pena como fin inmediato una *mera utilidad,* en el más vulgar sentido de esta palabra, enteramente extraña al Derecho y agena á toda base jurídica, v. gr., la intimidacion de los demás por medio del ejemplo. Sólo confundiendo torpemente la persecucion de una supuesta utilidad para los indivíduos ó para el todo (con tanta acrimonia censurada por Kant), que para nada tiene en cuenta la rectitud del fin ni la de los medios, con la legítima operacion para el propio fin jurídico (τελος) que ha de tener toda institucion y relacion de esta clase, segun Stahl ha presentido acertadamente en otras materias, aunque olvidándolo por completo en la pena; sólo así, decimos, pudo

llegarse al desconsolado extremo de desesperar de todo fin en esta (como se desesperaba del fin del matrimonio ó del Estado (1), que no lograban hallar), en vez de limitarse á protestar contra aquel que careciese de todo fundamento jurídico, y aun fuese quizás abiertamente contrario al Derecho; de igual manera que Kant y su escuela, si no en la intencion, á lo ménos en sus expresiones, se habian dejado llevar con frecuencia á rechazar que se trate al hombre como medio, sin advertir que los hombres entre sí y á cada momento se sirven y deben servirse unos de otros; en lugar de condenar únicamente que se le trate como *simple* medio, que es lo que en verdad no se compadece de modo alguno con la dignidad de la persona humana (2).

(1) Véase por ejemplo la manifestacion de Bethmann-Hollweg en el *Congrès de bienfaisance de Francfort s. M.*—1857—(t. I, pág. 398) y compárese con la detenida exposicion del fin del Derecho en nuestros *Principios de Der. nat.*, 2.ª ed., I, pág. 150.

(2) Comp. nuestros *Princ. de D. n.* 2.ª ed., págs. 156 y 177; II, pág. 19.—Aunque Stahl (III, 4, cap. 7), igualmente, para salvar las apariencias, se declara contra esto en nombre de la *justicia*, que considera, no como una idea extraña al Estado, sino como la propia de éste, se halla, sin embargo, muy distante de concebir esta institucion únicamente como un órden exterior de la vida consagrado á la realizacion del Derecho, como la asociacion para la vida jurídica, que por tanto no puede imaginarse sino en indisoluble enlace con la realizacion del derecho de todos sus miembros; y aun antes bien, arranca al Estado de esa íntima conexion vital y lo diviniza al modo de Hegel, aunque ménos abstractamente, como cosa en sí y

Procurábase entonces evitar la obligada determinacion y prueba no sólo del *por qué* y del *para qué,* sino tambien del *cómo* de la pena, es decir, del determinado modo con que debe realizar su fin de mantener y restaurar el órden jurídico, apelando á este propósito al testimonio de la conciencia, que nos pide que la pena (la pena justa, se entiende) sea *merecida,* que el delincuente haya hecho lo necesario para *perder* el derecho de que hasta entonces disfrutaba (en cuanto éste no sea compatible con la mision de la pena). Pero en ningun caso nos dice que el delincuente pueda haber perdido *todo* su derecho, ni por tanto llegar á convertirse en cosa, en mero objeto de cualquier arbitrariedad imaginable, ni á merecer cuanto ocurra y parezca bien decretar en su contra.

A semejante arbitrariedad conduce, sin embargo, la forma de la teoría absoluta que más favor goza hoy, especialmente desde Abegg, y segun la cual caben en la pena los más diversos y

---

para sí, como algo objetivo que, independientemente de esa realizacion del derecho de sus miembros, puede y debe ser *asegurado*. El restablecimiento de la necesaria soberanía del órden exterior jurídico infringido, y juntamente la *verdadera* personalidad del criminal deben exigir, segun él, que éste, "*in majorem Dei gloriam*" y total ó parcialmente, en la medida de su culpa, sea *anulado*, sujetado á un padecimiento sensible, para la sumision de su propia voluntad; mientras que si el Estado fuese meramente "una asociacion humana para humanos fines," no deberia quitarle bien alguno que él no le hubiese dado.

aun contrarios fines, como la intimidacion, la seguridad, la expiacion, la satisfaccion, la propia defensa, la correccion, etc., etc., unos con otros, amistosamente, «dentro de los límites del Derecho;» y que, cuando manifiestamente no puedan concertarse esos fines, ya éste, ya aquel, preponderen en la balanza como fin capital, conforme al libre juicio en cada caso. Pero cuáles sean aquellos límites y en virtud de qué razones jurídicas debamos, en la duda, decidirnos en pró de tal ó cual fin, como el único justo, se olvidan de indicarlo, enteramente lo mismo que lo olvida Welcker, al tratar de la reparacion del daño ideal del delito que exige él á la pena (1): doctrina que ha ejercido el más incontrovertible influjo en esta novísima forma de la teoría absoluta, presentada ahora bajo el nombre de teoría de la justicia.

Por lo que respecta al concepto del *delito* (de aquello que ha de retribuirse) segun esta doctrina, quieren unos retribuir tan sólo el *resultado exterior* del hecho, y otros lo *interior* únicamente, lo querido, la mala direccion de la voluntad, la culpa, en el sentido usual de la palabra; manifestándose aquí en particular y de un modo maravilloso lo inseguro de la teoría, no ménos que la fragilidad de sus afirmaciones sobre la pretendida oposicion entre la Moralidad y el Derecho (el cual,

(1) V. el § 25, etc.

en su sentir, no tiene que ver sino con el hombre y acto *externos*), como, por consiguiente, sobre la ya mencionada entre la culpabilidad moral y la jurídica, y á la cual quieren referir tambien la diversidad de la retribucion en estas dos esferas.

Si de lo precedente resulta ya mostrado lo falso de la proposicion: «que la pena debe ser pura retribucion,» esto es, que para hallarse jurídicamente fundada, no ha de proponerse fin alguno, igualmente falsa aparece cuando se trata de alcanzar por este camino una medida penal firmemente determinada, y que se supone exigida por la justicia.

A)—Notoriamente absurdo seria referir la pena *meramente* á la existencia de un daño *exterior*, causado sin culpa alguna por las fuerzas físicas del hombre, en pura sujecion á las leyes de la Naturaleza (v. gr., por accidente, error invencible, coaccion), y atender á este simple resultado *como tal* y sin más; si bien en rigor no debieran proceder de otro modo los partidarios de la retribucion *material*, ya que por dicho resultado quieren exclusivamente medir el género y grado de sus medios penales. Esto equivaldria á negar resueltamente el concepto del delito como *maldad*, esto es, como un mal *querido* y sólo en vista de lo querido discernible; y aun á desmentir el uso comun de hablar, conforme al cual no se llama *hecho ó acto*, en oposicion al mero *suceso* ó *aconte-*

cimiento, sino el efecto fundado en la voluntad—buena ó mala—del hombre. Por esto el pretendido castigo de esos falsos delitos *(casu delicta)* tampoco aparece en la historia más que como una perturbacion singular y aislada, alguna que otra vez, y en tiempos incultos. Y en efecto: si lo que hace hombre al hombre, lo que constituye en hecho suyo á lo producido por él como causa, mediante la propia determinacion de sus fuerzas, pudiera ser *accesorio* para la existencia del delito, haciéndose de ello abstraccion por tanto, no ya los niños y los dementes, sino aun los animales, las máquinas, una teja que cae, cualquier accidente natural en suma que ocasiona un daño, debieran ser tenidos por delincuentes, con lo cual se desvanece toda idea acerca de lo justo y lo injusto, como sujeto de cuyas relaciones sólo el hombre es reputado, porque él únicamente sabe distinguir entre ellas.

Aun los partidarios de una retribucion tan literalmente concebida, se han visto siempre obligados, con sacrificio del rigor de su punto de partida materialista, á reconocer algo *interior,* á saber, la existencia de la *culpabilidad,* como base de aquella. Pero que esta concesion la hacen de mal grado, lejos de advertir, ó á lo ménos mantener, el íntimo y esencial fundamento de su necesidad, lo muestra ya el hecho de limitarse á buscar con notoria inconsecuencia la base *general* de

la criminalidad, y por tanto de la penalidad tambien (ó sea, el principio de la *imputabilidad),* en la perversion de la voluntad, en el llamado "elemento subjetivo;" pero no la razon tambien de esta culpabilidad y penalidad *hasta lo más concreto é individual,* es decir, el *grado* de ésta: el principio de la proporcion de la pena, en cantidad y cualidad. Con otras palabras: ellos toman por único punto de apoyo ese "elemento subjetivo," la culpa, sólo para responder á la cuestion de *si* ha de haber penalidad, no para la de *cómo* ha de ser; cuando aquel principio en rigor, ó debió servir para *ambas* cuestiones, ó no debió servir para *ninguna.*

Así, por el contrario, sorprende ver que toman por criterio para el grado de la pena, sin atender en nada al de la culpa, tan sólo "lo objetivo," que dicen, el resultado exterior, y á menudo enteramente accidental, de la accion delincuente, lo cual aparece de las siguientes observaciones:

1.ª Algunos (v. gr. Zachariä) absolutamente ningun género de tentativa tienen por punible *como tal,* sino á lo sumo, en cuanto contiene ya una verdadera lesion exterior (por ejemplo, una herida), que es lo que suele llamarse "tentativa cualificada;" ni aun siquiera aquella manifestacion de la voluntad injusta en que el agente nada ha omitido por su parte de cuanto estaba á su al-

cance para consumar una lesion exterior (material) jurídica—que es á lo que hoy llaman delito *frustrado* (1), *perfectum delictum* tan luego como haya faltado esta, cuya existencia por lo visto (segun esta teoría) no se requiere meramente para la *consumacion*, sino para la *idea* ó realidad de *todo* delito.

Sin embargo, segun nuestras legislaciones y el uso comun del lenguaje, sólo en *ciertos* delitos se exige un resultado exterior, un daño material, como elemento esencial para su existencia; mientras que, en otros, un recto presentimiento ha protestado contra esta idea puramente sensible, manual, palpable, por decirlo así, del delito. De esta suerte se tendria generalmente por absurdo exigir en el perjurio, el fraude ó la injuria un mal exterior efectivamente producido (2); en tanto que con notable inconsecuencia se niega el carácter de homicidio al infanticidio frustrado intentado por la madre soltera en el hijo recien nacido que erróneamente supone vivo, sin quererlo castigar siquiera como tentativa de homicidio, porque segun las *leyes naturales* es imposible sin duda matar á

(1) «*Délit manqué:* pésima expresion, dice Röder, que dá á entender lo contrario de la verdad: como si la falta de resultado exterior pudiese *frustrar* el delito.» —*(N. del T.)*

(2) C. S. Zachariä es, que sepamos, el único que aun en los delitos contra el honor es de opinion contraria.—V. sobre esto nuestros *Principios de D. n.* II, 178, nota.

un muerto. Pero que tal imposibilidad—ocurrida en este caso por un puro y feliz accidente—no puede modificar en lo más mínimo la intencion injusta, plenamente probada, ni por tanto la culpa y gravedad de aquella accion, cualquiera en verdad lo concibe. La carencia de resultado no puede tener el más leve influjo moral ni jurídico, ya que la existencia ó la falta de una *relacion de causalidad segun leyes físicas*, sólo á la Ciencia de la Naturaleza puede concernir, no á la del Derecho penal: por donde no cabe imaginar mayor olvido de la esencia de todo Derecho que el de señalar como nota distintiva de "lo jurídico" una "objetividad" como dicen, en el sentido de una relacion de esta clase (1). Desconociendo esto, se llegaria á sostener contra toda sana razon que debe dejarse impune al hombre más peligroso, sólo porque el resultado que se proponia con su delito se ha frustrado contra su voluntad, por error ó por accidente; v. gr., por haber dado azúcar en vez

(1) Berner, en su *Manual de Der. penal (Lehrb. des Strafr.)* 2.ª ed., pág. 166, lo hace así, v. gr., cuando dice: "es completamente anti-jurídica la concepcion meramente subjetiva del comienzo de la ejecucion." Necesariamente se admira uno de la ilusion con que él cree hallar en esta *frase* un fundamento para la proposicion siguiente: "Si el objeto de la muerte intentada es una sombra, el tronco de un árbol, un cadáver, ó si el medio empleado para matar es, por ejemplo, en vez de arsénico, azúcar, etc., no hay que hablar siquiera de tentativa punible."

de arsénico, ó por haberse destruido con un contraveneno toda la eficacia del arsénico administrado.

2.ª Otros, á la distincion entre la mala intencion y la negligencia y á las diferentes clases de una y otra, no les reconocen valor alguno para la determinacion de la pena; en lo cual, si no del todo, en parte á lo ménos, dejan de atender, pues, á la voluntad. Segun esto, el homicidio cometido por negligencia, ó en un arrebato, ó con premeditacion, sea en la persona de un padre, sea en la de un extraño, deberia castigarse indiferentemente siempre con la misma pena.

Cuán extremadamente pugnan contra todo sano sentido jurídico las dos consecuencias que acabamos de exponer (1.ª y 2.ª), y con qué irrefragable claridad manifiestan la radical impotencia de ese criterio puramente exterior de la criminalidad, que les sirve de punto de partida, no requiere mayores explicaciones. Lo exterior (material ú objetivo) de un hecho, que en general no puede *por sí* mismo constituir delito, tampoco puede dar la medida de lo interior (inteligible) del hecho, ni por tanto indicacion alguna acerca del medio para compensar la perversion interna (la culpa) que revela. A lo sumo, servirá como señal de esta culpa y de su magnitud; nunca para determinar el género y grado de la pena.

Además, la retorsion literal (el talion puramen-

te material) sólo es factible en pocos casos, v. gr., en el homicidio ó en las lesiones corporales; pero no en el crímen de lesa Nacion, en la rebelion, el perjurio, el fraude, en los delitos contra la honestidad, en el incendio, la injuria, la calumnia, etc., ni cuando el criminal mismo carece de aquel bien que ha arrebatado á otro. ¿Y qué se haria, por ejemplo, si ha de estar siempre en el fiel la balanza de la justicia, cuando varios han dado muerte á uno, ó ejecutado en él actos con este objeto? ¿Y cuando uno ha matado á varios? ¿Y cuando un tuerto salta un ojo á otra persona, ó cuando por el contrario, no el criminal, sino la víctima era el tuerto? La retorsion literal, no pocas veces, aun allí donde se hiciese posible, sublevaria el ánimo, como indigna repeticion hasta de los hechos más abominables.

Por todo ello, los más de los retribucionistas quieren para la culpa una retribucion, no exterior sensible (física), sino sólo espiritual (ideal), mediante una pena *análoga,* á saber, mediante un mal, ya que no enteramente igual, de semejante valor en cierto modo al causado por el delincuente (1).

Por lo demás, mientras no se quiera ver en la

(1) De cuán distintas maneras se ha intentado esto, lo muestra un sin número de penas simbólicas, sobre todo en la infancia de los pueblos.—Las ideas que á ello conducian han sido expuestas por Bentham del modo quizá más completo.

pena sino un mal externo, esto es, la *privacion de un bien exterior,* obstinándose en procurar entre ella y el delito una igualdad *efectiva,* tampoco podrá concebirse éste mas que como un *daño material* y palpable.

B)—En su diametral oposicion á la retorsion exterior (material), deberian *en rigor* los partidarios de la espiritual (inteligible) atender en la pena sólo á la existencia de la culpa, aun sin resultado externo, y por tanto no castigar únicamente y ante todo el hecho consumado, sino la simple tentativa, por más remota que sea, y hasta el mero pensamiento criminal.

Sin embargo, semejante inquisicion del pensamiento, por demás irracional, traspasaria evidentemente los límites del Derecho externo, pretendiendo entrometerse violentamente en la esfera de la moralidad, ó más bien del *Derecho y del juez interno* (1), esto es, de la conciencia, que no sufre ingerencia extraña de ninguna clase. Cierto es que el Derecho no se refiere indistintamente á todas las manifestaciones y efectos de la actividad humana, sino á aquellas exclusivamente que reconocen su fundamento en la libre voluntad; pero no es ménos exacto que el juez exterior nada tiene que ver con las intenciones, cuando y en cuanto permanecen como tales en la esfera de los hechos

(1) Véase nuestros *Princ. de D. n.*, I. págs. 120 y 209.

puramente internos; sino cuando y en cuanto la voluntad dirigida formalmente á la trasgresion del órden jurídico se ha realizado en lo exterior: lo cual ha de conocerse ante todo por la tentativa de ejecucion verificada.

Así, pues, la verdad se halla aquí tambien entre esas opuestas ideas, á saber: sólo tendrá lugar la reparacion propiamente jurídica al punto que aparezca una tentativa de esta clase; pero retrocediendo entonces hácia el interior mismo del hombre, para determinar en su vista, tanto la *existencia* como la *magnitud* de la culpabilidad, segun el exacto principio romano: *in maleficiis voluntas spectatur non exitus.*

Indudablemente, la igualdad *ideal*, la *analogía* entre el mal exterior de la pena y el mal interior del delito (la culpa) es tan inconcebible como la igualdad literal del mal exterior de la pena con el mal exterior del delito (el daño causado): pues falta todo punto de comparacion entre un mal moral y uno físico (1). Ahora bien;

(1) Segun Christiansen (*Sobre la cualidad y cantidad de la pena—über Qualität und Quantität der Strafe*—pág. 21, etc.), todo cuanto hasta hoy han expuesto los partidarios de la teoría absoluta acerca de la *medida* de la pena conduce por necesidad á la pena de muerte. Por esto defiende á Hegel, que á lo ménos la exige para el homicidio, contra las censuras de Köstlin y de Berner. Pero cuando imagina suprimir la dificultad de optar entre la teoría absoluta y la negacion de la pena de muerte, sustituyendo al principio de la *equivalencia*

sin esto, y considerando la pena como un padecimiento exterior únicamente, sólo seria posible determinar con entera *igualdad* (esto es, en proporcion igualmente exacta) su grado para todos los indivíduos, cuando lo fuese adquirir cabal conocimiento de la sensibilidad de cada uno, tanto del ofensor como del ofendido.

Mas entiéndase como quiera este mal sensible, ya igual, ya análogo, que se juzga ser lo esencial en la pena y se enlaza al delito cometido; y compréndase este, única ó principalmente, ora segun sus efectos exteriores, ora segun sus señales internas, no debe perderse de vista en ningun caso que siempre se olvida mostrar cómo por este camino quede compensado efectivamente el delito, ó—lo que significa lo mismo—borrado, destruido, extirpado, expiado, reparado, etc. El añadir un nuevo mal exterior, *como tal,* si de nada puede servir para enmendar el que ha causado el delincuente (caso de que tenga remedio), no es ciertamente más útil para compensar su culpa.

Sintiendo lo inaplicable de su criterio penal

---

como medida de la pena (que con razon juzga una frase enigmática), la exigencia de que esta se determine *proporcionalmente, aproximadamente* á la gravedad del delito, deberia reconocer bien pronto que esta modificacion no aprovecha ni sirve más que otra cualquiera de las muchas con que el ingénio—segun la expresion de Feuerbach—"ha pretendido colgar un puente sobre el ancho abismo que aquí existe entre la teoría y la práctica."

apelan los retribucionistas á diversos expedientes. Así, por ejemplo, y sin duda enteramente en el espíritu de esta doctrina, C. S. Zachariä (1), creyendo hallar en el salario diario, el jornal, como verdadero precio del tiempo, un punto de apoyo para determinar exactamente la justa medida de la pena—que segun él debe ser siempre pena de libertad (2), ya que tambien es la libertad lo que ataca al delincuente,—busca ahora por este medio la equivalencia entre el valor sumado de los dias de prision y el del daño causado por el delito. Pero el ingenioso artificio de esta fórmula para calcular la duracion de la pena, serviria sólo para aquellos atentados que producen un daño exterior valuable en dinero. Además, habiendo puesto en claro sus adversarios el doble sentido de la palabra *libertad* en que se apoya—pues primero la toma en una acepcion ámplia y luego en otra más estricta (como mera libertad personal), de tal modo han despojado á esta teoría hasta de toda apariencia de fundamento jurídico, que su mismo autor ha concluido por

(1) Véase sus *Principios de Derecho criminal filosófico (Anfangsgründe des philos. Kriminalrechts)*, 1805.

(2) Esto sólo es exacto en cuanto la pena ha de contener siempre una mayor ó menor *limitacion de la libertad exterior del delincuente* (que aparece en este sentido infringida), limitacion reclamada por su anterior conducta; pero no en el sentido de que siempre haya de consistir esta restriccion en *encierro*.

abandonarla. De otra manera pide Henke auxilio al principio de la correccion, por la cual quiere compensar la culpa con lo exterior y sensible (material) de la pena; idea que, en todo caso, deja ya en realidad á un lado la teoría absoluta (1). Verdad es que, allí donde se trata ya de la aplicacion á la vida, se ven obligados casi todos los partidarios de esta teoría á hacer otro tanto; y así es que no se ha intentado fundar sobre ella ni una sóla legislacion.

Aun concibiendo la ley jurídica—segun hoy todavia hacen los más con Kant y Fichte—de un modo puramente *formal,* como ley para la coexistencia de la libertad exterior de todos, ó más bien, *negativamente,* para la recíproca limitacion de esta libertad, sólo resultaria de aquí que no podrian reputarse contrarios al Derecho, y punibles, por tanto, sino los atentados contra esta igual limitacion; pero jamás que sea *jurídicamente* necesario imponer al delincuente *mal* alguno; cuanto ménos un mal *igual* ni *semejante* al que él mismo ha causado (2).

(1) En su *Manual de Derecho criminal*, etc., *(Handb. d. krim. R.)*, donde se encuentra ya mucho bueno. Tampoco Pessina (en el *Diario* de Ellero—*Giornale per l'abolizione della pena di morte*—II, pág. 152), quiere destruir por la pena la personalidad, sino la injusta intencion, mediante la *re-educacion (rieducazione.)*

(2) C. C. F. Krause *(Compendio de Der. nat.—Abriss des Naturrechts.*—pág. 186, n. 1.°) dice perfectamente sobre esto: "La opinion de que el delincuente, cuando se

El enigma de cómo haya podido venirse, mediante esta concepcion del Derecho, á tener siquiera por admisible la pena por la pena, la retribucion como propio fin en sí, se explica en cierto modo quizá por el intento de elevar tambien la libertad exterior y su restriccion proporcionada, sin más, á fin y contenido total del Derecho; aunque, ni la libertad en general, ni la pena en particular, pueden tener valor alguno moral ni jurídico, sino puramente como *medios* para el verdadero fin de vivir una vida dignamente humana (1).

Que de un concepto del Derecho más exacto que el reinante, tampoco puede en caso alguno deducirse la necesidad, ni la admisibilidad siquiera, de una retorsion de cualquier clase que

---

le devuelve lo mismo que él ha hecho á otro, todavia recibe honor, pues que su modo de obrar se eleva á ley, segun la cual se le trata, es un sarcasmo fundamentalmente erróneo é inhumano, y que ciertamente no honra al criminal, pero tampoco al que castiga.»

En este torcido pensamiento coinciden plenamente, sin embargo, Kant y Hegel.

(1) Más detalladamente se expone esto en nuestros *Princ. de D. n.* (especialmente en el t. II, pág. 160.)—Quizá en nadie aparece tan claramente la reaccion de ese vacio concepto del Derecho como en Jagemann (*Fundamentacion jurídica del aislamiento—die Rechtsbegründung der Einzelhaft*—pág. 8.), que con igual error define la pena como una institucion cuyo fin (!) «consiste en la mayor limitacion posible (!) de la libertad.»—Y sin embargo, este modo apenas creible de elevar la restriccion de la libertad á *fin* propio y sustantivo, ha hallado á su vez partidarios: v. gr., Ad. Bauer, *La ocupacion industrial en las instituciones penales, (der Gewerbbetrieb in den Strafanstalten)*, pág. 15.

sea, no hay aquí por qué explicarlo más al pormenor. Pero si se pregunta lo que la ley *moral* dice sobre este punto, es evidente que la imposicion deliberada de un mal como tal, la ejecucion del mal y de la injusticia, no pueden conciliarse lo más mínimo con el precepto absoluto de querer y realizar siempre el bien, sólo el bien, y porque es bueno; como tampoco es posible imaginar de qué modo esta nueva injusticia, este segundo mal, queda justificado por el primero ya cometido, y aun puede servir para repararlo y convertirlo en bien (1).

---

(1) V. nuestros *Princ. de D. n.*, II, pág. 31.—De ninguna manera resulta quizá más evidente lo contradictorio de este falso pensamiento que de la que ha tenido Stahl de presentarlo. Segun él, *porque* el asesino ha destruido la imágen de Dios, debe destruirse tambien en él, como pena, esta misma imágen. Aún halla en esta muerte del criminal la única *verdadera* pena, si bien quiere limitarla al delito de homicidio y al de lesa magestad que, sin razon alguna y mediante una comparacion muy inexacta, coloca en la misma línea que aquel.

§ 6.

RESULTADOS DE LA TEORÍA ABSOLUTA.

Del exámen de la teoría absoluta resulta lo siguiente:

1.° Que la pena, para ser merecida, esto es, justa, de ningun modo puede concebirse *sin relacion* á un hecho culpable ya efectuado y con respecto al cual debe determinarse; su concepto, por tanto, sea lo que quiera lo que de ella se espere y desee para lo futuro, es siempre esencialmente distinto del de una *pura* y *simple* medida de seguridad ó precaucion (preventiva).

2.° Si no cabe imaginar accion racional alguna sin fin racional tambien, ni institucion de Derecho sin un propio fin *jurídico,* para cuya ulterior consecucion haya de servir aquella como medio necesario, tampoco puede entenderse de otro modo la pena; y la afirmacion contraria de que ésta cesa de ser acto puramente de Derecho desde que se la refiere á un fin, sólo puede explicarse

por una ciega confusion del fin jurídico con ciertos fines utilitarios (1).

3.º Jamás debe la pena atender á uno de estos fines arbitrarios de mero provecho ó interés en el más vulgar sentido, extraños de todo punto al Derecho; ni justificarse tan sólo porque produzca efectivamente ó sea capaz de producir esta ó aquella ventaja material, intentada por uno de esos cálculos que suelen llamarse *políticos*. Antes bien, lo mismo que en toda esfera del Derecho, ha de sostenerse en la penal que su realizacion, sin necesidad de buscar expresamente semejantes utilidades (verdaderas ó aparentes), resultará, no obstante, ser al cabo lo más beneficioso para la sociedad bajo todos aspectos (2).

---

(1) Sólo el *verdadero* bien y provecho, tanto del todo como de sus miembros, aunque estos hayan cometido delitos, se haya indisolublemente enlazado al Derecho, tan luego como nos elevamos á la única concepcion exacta de éste. Entonces se desvanece tambien la supuesta oposicion entre la justicia y la felicidad, y se reconoce aquella, en todas sus esferas, incluso la penal, como medio para la segunda.—Pero mientras se mantenga semejante oposicion, como hacen Köstlin y Christiansen (y con ellos la inmensa mayoría), falta el órgano científico para un juicio recto de las teorías penales en general, aunque en lo particular ciertos presentimientos superiores puedan inspirar ojeadas luminosas; y sólo *por amor de Dios* se podrá tomar un tanto en cuenta, *al lado del problema de la pena*, el del bien del pobre penado.—Compárese esta nota con otras anteriores.

(2) Sobre esta "armonía preestabilita de lo justo con lo útil," en general, V. nuestros *Princ. de D. n.*, I, pági-

4.° El delito, ó más bien el delincuente—pues la pena justa sólo se concibe como merecida consecuencia jurídica de la determinada falta de un determinado hombre—ha de ser castigado ante todo *por causa de él mismo,* de igual suerte que, por ejemplo, se dá tutor al menor atendiendo á él: toda vez que la ley de la justicia exige en general que se respete á cada hombre su derecho sólo *porque* es suyo, sin más, y de consiguiente, por su propio bien. De aquí que el derecho del criminal, esto es, lo que debe cumplírsele por medio de la pena, no puede, sin contradiccion manifiesta, consistir en tratamientos que, como la ejemplaridad y la ciega retorsion, proceden del supuesto de que aquel ha perdido por su mala accion *todo* Derecho: con lo cual, de sugeto jurídico, se convertiria en mera cosa sin derecho, en simple medio para fines de otros hombres y del todo.

5.° La razon jurídica suficiente de la pena en ningun caso debe buscarse en el *nudo* hecho de que algo se ha efectuado; sino por el contrario, y ante todo, en el reconocimiento de este *algo* como un acto de injusticia. Pero tampoco tiene sentido alguno la frase de que «la pena es mera consecuencia de la injusticia», si es que se quie-

---

na 107; y sobre su confirmacion en el Derecho penal, nuestro escrito *La pena correccional y sus instituciones*, págs. 30 y sig.

re dar así á entender que, como acto de justicia—que dicen—se enlaza fatalmente al delito cometido, como los efectos puramente físicos á sus causas, con entera independencia de toda intervencion humana. Lejos de esto, del conocimiento de la *incompatibilidad* entre el hecho mismo injusto y *el principio del Derecho*, es de donde resulta la exigencia racional de negar esa injusticia, es decir, de borrarla (1), oponiéndole remedios jurídicos adecuados.

---

(1) Comp. núms. 4 y 8.—Cuán irremisiblemente nos conduce todo al mismo y único recto camino, tan pronto como dejamos á un lado las frases equívocas y los lugares comunes, é intentamos responder concretamente á las cuestiones de *en dónde* está la injusticia y de *cómo* se repara mediante la pena, se muestra casi tan claramente como en Henke, en Köstlin. Abstraccion hecha de los célebres juegos de palabras hegelianos, se une en él completamente lo que llama objetivo con lo subjetivo, el primer fin penal, como dice, con el segundo: pues el primero consiste (segun el párrafo 202 de su *Nueva revision—Neue Revision*, etc.) en «la restauracion objetiva del Derecho, desde su negacion, suprimiendo esta *allí donde* tiene únicamente (el mal) existencia objetiva» (esto es, asiento), á saber: «en la voluntad irracional del delincuente, hasta donde es irracional;» y el segundo fin (párrafo 203) «en la supresion del fundamento (que acabamos de mencionar) del delito en la subjetiva;» lo cual naturalmente sólo es concebible mediante la afinacion—digámosló así—de la voluntad discorde del criminal.

Aún ha visto más claro que Köstlin en este punto otro hegeliano, Naumann, en su trabajo sobre *La teoría del Derecho penal y el sistema penitenciario—Über die Strafrechtstheorie und das Pönitentiarsystem*—1849). Pero es incontestable que si la teoría absoluta debe--segun Köstlin—exigir «la completa extirpacion de la voluntad radicalmente anti-jurídica,» esta pretension no puede satisfa-

6.° Segun esto, no puede realmente concebirse el acto penal como accion ó reaccion *jurídica,* ni la pena como medio é instrumento para que el Derecho se cumpla, mientras no se indique con toda exactitud en qué consiste su *peculiar* y característica eficacia para cumplir este fin, el cual, como inmediato fin *jurídico,* sólo de un fundamento tambien *jurídico* puede deducirse. Ambos términos, fin y fundamento, se hallan, pues, indisolublemente enlazados, sin que sea lícito al medio penal excederse de ellos, ni ir más allá de lo debido, si ha de tener su razon en el Derecho y conformarse á su realizacion; de igual suerte que el tratamiento curativo, y por tanto, la aplicacion de cada determinado medicamento, ha de guiarse en un todo segun la enfermedad, y emplearse *porque* esta existe y *para que* desaparezca.

7.° La pena debe *equivaler* (compensar) al delito, corresponder, pues, á él exactamente, hallarse con él en justa *proporcion:* lo cual exige como condicion prévia una acertada concepcion de

cerse mediante la llamada pena de muerte (lo cual declara Christiansen, sin embargo, contra Köstlin como lo único posible, en su escrito *sobre la cualidad y la cuantidad de la pena*, pág. 18); ni tampoco, segun Köstlin quiere, mediante la "privacion perpétua de libertad;" sino sólo por la correccion y la privacion de libertad *que ésta exija*; mientras que los dos medios citados se salen de la cuestion y cortan, como suele decirse, por lo sano.

la naturaleza de lo punible (el delito), de aquello que ha de compensarse.

8.° El hecho exterior, *como tal* (1), esto es, el mero acontecimiento aislado ó la *manifestacion* en sí misma (que es lo que suele tenerse por delito), y ménos aún el *daño exterior* causado por aquel, jamás pueden ser lo que la pena ha de igualar y compensar; no teniendo, pues, ésta nada que ver con la indemnizacion de perjuicios, con la cual, no obstante, se la confunde en la infancia de los pueblos. Antes bien, en la pena, y para que sea merecida, siempre hay que retroceder á lo *interior*, tal como se manifiesta en el hecho externo, es decir, al estado culpable de la voluntad en el agente, que viene á ser como la enfermedad moral de su sentido é intencion jurídicos, segun la cual únicamente cabe tambien fijar el modo y grado de los medios de esa compensacion «en nombre del Derecho,» y la conducta entera que con el delincuente debe observarse.

9.° Tan cierto como es, segun Juan Bodin hace notar, que una cantidad igual, añadida á cantidades desiguales, jamás puede igualarlas entre sí, lo es asimismo que sólo cabe remunerar un

(1) Véase nuestro escrito *La ejecucion de la pena*, página 142, nota, y nuestra Memoria sobre *Las prisiones á la luz de nuestro tiempo—das Gefängnisswesen im Licht unserer Zeit*—(en la *Revista trimestral alemana—deutsche Vierteljahrschrift*—de Julio de 1864, t. III, página 222), donde se habla de esto más detenidamente.

hecho determinado con una pena ó con una recompensa equivalentes, cuando este hecho es conocido, no como algo aislado, ni en su mera aparicion y efecto externos, sino—como no podemos ménos de pensar respecto de la justicia divina—en su íntimo enlace y relaciones con todas las circunstancias del autor, anteriores y presentes en la historia de su vida, y como en parte co-determinado (condicionado) por ellas.

10. La compensacion de un mal *moral*, de una maldad, mediante un mal *físico*, es tan inconcebible (1), cuanto que en virtud de lo incomparable de uno con otro; ninguno de ellos puede servir de criterio ni medida para su opuesto.

---

(1) En este respecto son tambien instructivos los trabajos del médico alienista Federico Groos, y entre otros sus *Modestas ojeadas á las profundidades de la Filosofía (Schüchterne Blicke in die Tiefen der Philosophie,* 1832), donde (pág. 61) se indica que es cierto que el juez penal, como el médico, debe reparar; pero que de aquí, mientras no se diga el *cómo* de esta reparacion, tampoco resulta principio alguno de conducta; y que en general, en este mundo sub-lunar, no hay que hablar de semejante principio de justicia penal en sentido *criminalista*, sino *pedagógico*.

Ya decia acertadamente Abicht *(Doctrina del premio y del castigo*, II, pág. 20), que si se entiende por pena civil—segun el inexacto concepto usual en la Ciencia del Derecho—sólo un mal exterior, que debe imponerse á alguien por otro mal, y mal del alma (la culpa moral), no pueden entonces concebirse penas *justas:* pues únicamente cabrian en el caso de que igualasen en cantidad á la culpa, lo cual es imposible, toda vez que ésta con ningun mal exterior es comparable. "Ciérrase, pues, todo camino para la justicia con este concepto reinante de la

11. Ya que la pena no puede ser racionalmente necesaria (tener valor alguno moral y jurídico, constituyendo un bien) sino como medio ó condicion indispensable para un fin racional tambien de la vida, debe consistir en la *reparacion* y enmienda de un mal, no en su represalia por otro, á saber, por un puro daño impuesto al delincuente con intencion de hacerle padecer, lo cual nada en verdad puede mejorar, sino empeorar tan sólo.

12. Unicamente cabe determinar la pena en justa relacion á la culpa, merced á la más exacta consideracion de la *individualidad* del culpable.

13. No siendo lícito en ningun juicio legal de actos humanos por un tribunal exterior, tampoco lo es en el jurídico-penal atender, así respecto de la imputacion, cuanto de la gravedad, á lo *meramente* externo del hecho *como tal* (cual si el De-

pena" (pág. 22).—"Dando á los Gobiernos la magistratura correccional, en lugar de la penal, procederian enteramente de otro modo más justo" (pág. 24).

Si la doctrina jurídica de Abicht (*Nuevo sistema de un Derecho natural, deducido de la Humanidad—Neues System eines aus der Menschheit entwickelten Naturrechts*, 1792), aunque harto más rica y fructífera que las de Kant y Fichte (porque no procede como estas de un concepto del Derecho meramente formal y negativo), no hubiese sido oscurecida por el brillo de estos astros, y si en consecuencia su otra obra, ámplia en verdad, pero profunda, sobre la *Doctrina del premio y del castigo* (2 tomos, 1796), muy poco estimada, se hubiese entendido, quizá se habrian evitado innumerables extravíos en la Ciencia y en la legislacion (especialmente los de Feuerbach), y no seria hoy menester reanudar la direccion que en él quedó interrumpida.

recho mismo y su trasgresion fuesen cosa (1) material y tangible), ni á lo *puramente* interno del agente, ni aun á entrambos elementos en simple composicion relativa; antes bien, lo interno (la culpa, la mala voluntad) sólo debe considerarse cuando y en cuanto se ha mostrado plena y claramente en el acto externo, del cual por consiguiente puede inferirse mediante la apreciacion retrospectiva de las manifestaciones en que se refleja; sin que lo exterior, pues, tenga *por sí sólo* en el Derecho penal otra significacion, en lo más mínimo, que como clave ó señal para conocer lo interno.

14. Por ningun otro principio, sino por este mismo, puede determinarse la *existencia* de la criminalidad en general (imputabilidad), ni la *cualidad* y *cantidad* de la criminalidad individual en cada caso (imputacion), ó sea, la pena que exactamente corresponde á su fundamento y fin jurídicos. Hay, pues, una torpe contradiccion en afirmar que lo primero debe juzgarse segun el interior del agente (lo subjetivo, la culpa), exteriormente dado á conocer, y lo segundo (ora *únicamente*, ora *á la par* con esto) segun lo exterior del hecho *como tal* (lo objetivo). En general, do quiera que el criterio adoptado para medir la culpa y la pena aparece inconciliable con el principio de ésta, que es justamente lo que ha de servir-

(1) Véase nuestros *Princ. de D. n.*, I, pág. 31, n. 1.ª

le de base, uno de los dos términos tiene que ser inexacto.

15. Toda pena se explica en virtud de una *absoluta necesidad de razon*—en virtud del Derecho—debiendo determinarse, como cualquiera otro derecho, segun su fundamento, exclusivamente, y de ningun modo segun la mera voluntad. Precisamente por esto en la pena jurídica exigida, nada pueden influir las opiniones é intentos del legislador ó del juez sentenciador, ni aun las del reo, el cual—segun nota Kant—no es castigado porque y en cuanto quiere la pena (á causa de un supuesto contrato con él); sino porque ha querido el delito. De aquí tambien que no sea necesario, sino puramente accidental, aunque muy de apetecer sin duda, que el criminal conozca y desee la pena como su verdadero y mejor bien; mientras que, por otra parte, tampoco una pena *en sí* injusta deja de serlo porque él—merced quizá á su falta de conocimiento—la consienta y aun reclame, ni porque así se le devuelva lo que él ha hecho á otro, ó con otras palabras, sólo se le aplique la misma regla de conducta que él ha usado; y que, por último, jamás deba mirarse como esencial que él por su parte *juzgue* y *sienta como un mal* la pena, ni que todos los demás, ni aun la mayoría, la consideren de igual modo (1).

(1) Véase nuestro trabajo sobre *La ejecucion de la pena*, etc., pág. 255.

16. Sin clara prueba de la voluntad injusta, jamás hay que hablar de pena, si se ha de entender esta como una consecuencia jurídica de la injusticia, es decir, como una privacion que, en virtud del Derecho, debe anudarse á una injusticia cometida, para *compensarla;* si bien de esto tampoco puede deducirse que *toda* manifestacion indebida de la voluntad haya de ser considerada como delito y merecer una pena, en el estricto sentido de la palabra.

17. Hallamos hoy aún en la ciencia y en la vida (en innumerables disposiciones de nuestras leyes positivas), el influjo y las reminiscencias irrefragables de la teoría de la retribucion, esto es, de la concepcion de la pena como mera consecuencia irremisible de un suceso pasado, al cual sigue con ciega é inflexible fatalidad, y que debe cumplirse en todo caso—bajo la *ficcion* de que es justa—*porque* y tal *como* ha sido dictada de antemano en el juicio legal.

Vemos, segun esto, que todavia en nuestra edad, legisladores y jueces, aun aquellos que refieren la pena á un fin determinado, desentendiéndose de él, olvidan por completo la importancia decisiva de la *ejecucion de las penas,* sin preocuparse por consiguiente lo más mínimo del resultado que *efectivamente* tengan y *puedan* tener, en vista de su objeto, ni siquiera de si existen las condiciones prévias é imprescindibles para que

produzcan buen éxito, v. gr., establecimientos penales bien organizados.—Por esto precisamente no sólo se encierra á los penados con harta frecuencia sin atender á la verosimilitud, ni aun á la mera posibilidad de conseguir el bien comun ni el suyo propio, sino que hasta se les devuelve la libertad, una vez cumplido el tiempo de sus condenas (que sin embargo *se pretende* fijar de antemano en correspondencia con el Derecho y con el fin jurídico de la pena), *quasi re bene gesta,* sin preguntarse á lo ménos si justamente el cumplimiento de esa misma condena no los ha hecho peores y más perjudiciales que antes, á pesar de que todos abrigan esta conviccion. Ni se piensa en la necesidad—segun que el fin se frustra ó se logra—de prolongar ó abreviar respectivamente la duracion de la pena, no por mera gracia, sino por *deber* de riguroso Derecho; imaginando que cualquier aumento ó diminucion que alterase la sentencia dictada, cuya infalibilidad se reputa indiscutible, conduciria á «regatear la justicia» (1), que desde un principio nos hemos acostumbrado á considerar como una necesidad tan inflexible como ciega.

Muéstrase además la influencia de las ideas retribucionistas en que, contradiciendo enteramen-

(1) Hoyer mismo (Véase *Congreso de benef. en Francfort,* I, pág. 413) participa de este error, á pesar de haber desechado tantos prejuicios como tienen los más de los jueces, desde que estuvo al frente de un establecimiento penal.

te á la verdad, casi todos juzgan todavia como lo esencial de la pena que contenga un *mal* exterior sensible, causando un padecimiento; en que se rehusa establecer diferencia alguna en la penalidad, segun haya mala intencion ó simple negligencia; en que se declara exenta de pena la tentativa de todas clases, ó á lo ménos se afirma que el concepto real (1) del delito no puede aplicarse á la tentativa; en que se exige (así acontece en todas nuestras legislaciones) un determinado resultado exterior para la existencia de *muchos* delitos, aunque no de *todos*, que seria lo lógico, por más que así se contradijese al sano sentido comun: aserciones cuyo fundamento se halla sin duda en el propósito de buscar la esencia del delito, única ó principalmente, en el daño jurídico externo.

Por último, dicha influencia se deja sentir tambien en el papel que hoy aún representan en el Derecho penal muchas exterioridades puramente accidentales y causas físicas en lugar de morales, de lo cual se hacen depender cosas á veces tan importantes como la medida de la pena; v. gr., de la mera cantidad del dinero robado, de que una herida sea mortal ó no, del tiempo que imposibilita para el trabajo, etc., etc.

18. Si la exigencia de una retribucion *análo-*

(1) *Der Begriff (Thatbestand)*, dice el original. —*(N. del T.)*

ga se desnuda de los múltiples sentidos figurados y retóricos en que históricamente aparece envuelta, se hallará que contiene la verdad de que la pena justa debe corresponder al *espíritu del delito*, esto es, que debe calcularse segun la fuerza y naturaleza de los móviles (ora sensibles, ora no sensibles) que han impulsado á cometerlo.

19. Desde luego se entiende que si la necesidad racional de la pena hubiera de concebirse como lo hace la teoría que examinamos, esto es, como una reaccion *absolutamente* requerida para la compensacion ó retribucion de un hecho pasado, deberia entonces el cumplimiento de la pena llevarse á cabo por completo y en todas circunstancias inexorablemente, sin poder modificarse ni impedirse, pues, por el *indulto* ni por la *prescripcion*. Sin embargo, estas dos instituciones han sido hasta hoy admitidas por todas las legislaciones positivas, en virtud del recto presentimiento de la *condicionalidad* de la pena, es decir, de que una pena racional y justa sólo puede determinarse en vista de su fin, exactamente lo mismo que cualquiera otra de las formas en que se ejerce el Derecho de tutela (1).

(1) V. nuestros *Princ. de D. n.*, II, pág. 56.

§ 7.

EXPOSICION Y JUICIO DE LAS TEORÍAS PENALES RELATIVAS.

Todas las teorías relativas aspiran á alcanzar, mediante la pena, un fin racional, que, en general y en último extremo (fin *último*), consiste en la conservacion del órden jurídico, atendiendo á su vez para esto inmediatamente (fin *próximo*), ó á la reparacion de los delitos cometidos, ó á la prevencion de delitos futuros. De esta suerte se ha intentado subdividirlas en teorías de *reparacion* y de *prevencion*, aunque esta division, por especiosa que aparezca, como su fundamento, carece no obstante de verdadera solidez interna. En lo que sigue, discutiremos ante todo las teorías preventivas, y entre éstas, primero las que se proponen conseguir su fin por medio de la ejecucion de la pena.

§ 8.

TEORÍA DE LA INTIMIDACION, EN EL PRIMITIVO Y ESTRICTO SENTIDO.

Esta teoría, que tambien se ha llamado de la intimidacion inmediata y aun (impropiamente) de la intimidacion física, y que en la vida comun recibe con más frecuencia el nombre de *ejemplaridad ó escarmiento*, pretende apartar del delito á todos los ciudadanos:

1.° Ya por el espectáculo ó la noticia del padecimiento corporal del delincuente en la ejecucion de la pena;

2.° Ya porque dicha ejecucion debe convencerles de que la pena sigue *irremisiblemente* al delito.

Para justificar ante la razon este fin, apelan algunos (v. gr., Klein y Püttmann) á la necesidad de que el delincuente responda hasta del daño inmaterial que nazca de su accion. Y pues este daño consiste en el estímulo de su mal ejemplo para que otros delincan, estímulo que se aumentaria con la impunidad, debe sujetarse al criminal á una pena, para que su cumplimiento

—cuya amenaza puede haberse ó no establecido de antemano en la ley—suprima en cuanto cabe aquel incentivo *(ne sine vindicta talis crescat insania.)* Esta idea del escarmiento *(exemplaris poena)*, no se ha intentado aún realmente desenvolverla por completo en la ciencia ni en la vida (1); pero ha influido perniciosamente en todas las legislaciones hasta fines del siglo pasado, y se ofrece todavia con más ó ménos repeticion á ciertas inteligencias, y especialmente á los magistrados antiguos.

---

(1) Aunque no en toda su repugnante desnudez, se la encuentra, sin embargo, disfrazada y adornada con ciertos accidentes postizos en muchos escritores de los *buenos tiempos antiguos*. Pero importa poner al descubierto lo anti-jurídico de esta idea, libre de tales afeites.

§ 9.

EXÁMEN DE LA TEORÍA DE LA INTIMIDACION.

Segun esta teoría, se castiga al delincuente, no tanto por él mismo (porque y hasta donde ha merecido, en virtud de su culpa, la pena), cuanto principalmente en vista de los demás.—En otros términos: para alcanzar en estos un determinado fin (á saber: *ut caeteri sint ad injuriam tardiores,* para apartarlos "del abominable ejemplo"), se trata al criminal de un modo irritante como *simple medio*, enteramente como cosa sin derecho (como "objetivado," que dicen).—Pero semejante conducta, de ninguna manera puede corresponder á aquel intento, si la pena tiene un fin racional; pues la irracionalidad de los medios prueba, ó la del fin en sí mismo, que por tanto pide medios tambien irracionales, ó la desconformidad de éstos con aquel, toda vez que un fin bueno y recto jamás puede santificar medios malos é injustos. A nadie, y ménos al Estado (la Sociedad para el Derecho), es lícito perpetrar un delito, sólo *porque* otro lo haya cometido, ó *para que* otros no lo cometan (que es lo que aquí se pretende); por

fácil que parezca engañarse, con el pretexto de tan especioso fin, respecto de la injusticia de los medios. Antes bien, si á cada cual debe dársele su derecho *por respeto á él mismo*—porque es suyo—otro tanto debe hacerse con el delincuente en la pena.

Proponiéndose esta teoría amedrentar mediante la impresion que causa en otros el padecimiento del culpable, es evidente que no corresponden á su fin sino aquellas penas propias para producir este efecto, es decir, las más aflictivas y terribles, las más públicas é ignominiosas. Ahora bien; nadie desconocerá que esas penas tan dolorosas de otros tiempos, todas y cada una, como asimismo sus grados, medidos con rigurosa consecuencia, puramente segun el más ó el ménos del padecimiento á ellas unido, igualmente que la publicidad de su cumplimiento, respiran ante todo un espíritu cruel de terror y venganza. Hasta tanto que este espíritu no sea claramente reconocido y abandonado por completo como espíritu de injusticia, sólo por un recto presentimiento de la verdad se explica que la inmensa mayoría de esta clase de penas, tales como el martirio, la mutilacion, la marca, la picota, los azotes públicos, etc., etc., hayan caido no obstante en desuso, y que comience á avergonzar aun la mera ejecucion de las de muerte, que se esconde tras los muros de la prision, galeras, carreton, ca-

denas, y en general, todas las de trabajos forzados en público.

La conviccion de que al delito *debe* siempre seguir con necesidad *moral y jurídica* una pena, la tienen ya por sí mismos los ciudadanos; y su conminacion en la ley, juntamente con su puntual cumplimiento, no la producen por vez primera, aunque sí la confirman. Por el contrario, la conviccion de que al delito *seguirá efectivamente* la pena, si no con la irremisible *seguridad* de una necesidad física (1), á lo ménos con suma *probabilidad,* jamás se logra por completo en vista de la experiencia, á pesar de la frecuente ejecucion de los más duros castigos, mucho ménos aún que por una buena administracion de justicia y una celosa y diestra policía.

Si la *medida* de la pena ha de determinarse conforme á su fin, así como éste ha de derivarse de su fundamento, carece la teoría que examinamos de toda medida aplicable, pues que su verdadero fin—la intimidacion de los *demás* ciudadanos—es indudable que sólo podria alcanzarse teniendo en cuenta la necesidad y capacidad infi-

(1) Con bastante frecuencia es su cumplimiento hasta de todo punto imposible, ya por la sencilla razon de que, como dice el proverbio, "á ningun ladron cuelgan hasta que lo cojen," ya porque el reo no tiene el bien de que debia privarle la pena, ya porque esta misma no le aparece de modo alguno como un mal, sino como un bien.

nitamente varias que por respecto á dicha intimidacion ofrece cada uno: para cuya exacta apreciacion nos falta todo punto de apoyo, aunque únicamente en ella debiera buscar esta doctrina su propia base penal. Vése obligada sin embargo, naturalmente, lo mismo que la de la retribucion material, á considerar y á exigir *la existencia de alguna culpa* como razon general de la pena; pero cae tambien en la grave inconsecuencia de no querer hacer dependiente el *grado* de ésta del de la culpa en casos dados, y aun de prescindir á veces de toda atencion á la interior perversidad del delincuente.

Si permaneciese fiel á su *suposicion* de que con el padecimiento de éste se atemorizan los demás ciudadanos, iria lógicamente á parar á la dureza draconiana de las leyes penales, creyendo hallarse, no sólo en lo firme, sino aun en el único camino derecho, cuando las más crueles penas se señalasen hasta á los más leves delitos; toda vez que cada nuevo crímen muestra que la pena hasta entonces fijada en la ley era insuficiente para el fin propuesto. Y si, en general, el fin de la intimidacion ha de justificar los medios, no debiera parecerle justa sino aquella pena que lo alcanzase del modo más seguro, aun en los más intrépidos y por lo mismo más peligrosos criminales.

Además, es imposible hallar el término medio

de esa susceptibilidad de intimidacion, faltando como faltan los extremos de que debiera equidistar, y aun suponiendo que dicho término medio, ora segun este punto de vista, ora segun otro más exacto, diese la justa medida de la pena para cada delincuente en particular.

Por último, la experiencia muestra que los estímulos para ciertos delitos de poca importancia en sus efectos exteriores, necesitan muchas veces—á causa de su indignidad y profundas raíces—precisamente los más fuertes remedios.

Ya hemos hecho notar que la publicidad de la privacion de la vida y de las demás clases de bienes al criminal, y por tanto la acumulacion sobre él de todos los males y padecimientos posibles, físicos y espirituales, serian los mejores medios para alcanzar el fin de esta teoría: medios jurídicamente necesarios, si este fin ha de ser el único, ó á lo ménos el preponderante en la pena.

Pero, en primer lugar y ante todo, la *suposicion*, que así la hemos llamado, en que descansa toda esta teoría, es fundamentalmente errónea. Los *buenos* ciudadanos no han menester que se les atemorice, ya que el delito, lejos de inspirarles deseo de imitarlo, sólo les causa repugnancia; y los *malos* ciudadanos, que es para quienes únicamente podria tener la intimidacion alguna apariencia de necesidad, no se abstienen de delinquir por temor, sino cuando son cobardes y no pueden

esperar librarse de la pena, ya por su habilidad, ya por ciertas circunstancias favorables, v. gr., por una buena ocasion que hace muy difícil el descubrimiento del hecho ó el del autor, por una negativa obstinada, por la destruccion ó la falsificacion de las pruebas, por la fuga, la prescripcion ó el indulto. Y *todos,* malos y buenos, con el frecuente espectáculo de ejecuciones bárbaras, se endurecen en cambio y hacen insensibles, no sólo en general, sino precisamente para esas mismas impresiones que se buscan con semejante clase de penas.

En segundo lugar, el *draconismo* de castigar con penas igualmente duras delitos diferentes—á lo cual ya hemos mostrado conduce en rigor esta teoría—no sólo influye para pervertir cuanto cabe todas las ideas del pueblo sobre lo justo y lo injusto, sino hasta para favorecer la comision de delitos más graves, señaladamente por parte del que ya ha cometido otro menor (impulsando, v. gr., al ladron á que mate), toda vez que en ello nada puede ya perder, y aun ganar en ciertos casos, como cuando de este modo dificulta quizá el descubrimiento de su primitivo delito.

La Psicología y la experiencia concuerdan enteramente, en completa oposicion con la teoría que nos ocupa, al afirmar que la pena como pena, es decir, no como un acontecimiento puramente *exterior,* sino como acto jurídico—consecuencia

jurídica de la injusticia,—únicamente puede tener importancia y producir impresion profunda y duradera, cuando y en tanto que es *merecida*, esto es, justa, pues sólo entonces influye sobre el sentido jurídico del hombre, no meramente sobre su elemento sensible y animal; y por lo mismo, sólo entonces puede tambien obrar de una manera saludablemente *preventiva*, hasta donde cabe. Al contrario, la pena excesivamente dura y en sí injusta, lejos de servir al pretendido fin, con que se la excusa, de apartar á los demás del delito, produce el efecto diametralmente opuesto (1) (lo mismo que toda pena corruptora); antes bien, considerada no más que como la imposicion de un padecimiento, sin atender á razon alguna jurídica, subleva el sentimiento general de justicia y provoca, no ya en el criminal, pero aun en los restantes ciudadanos, la resistencia á la ley positiva. Destruye ó debilita al ménos de esta suerte la impresion del castigo, y hasta la repugnancia moral contra el delito, principalmente por lo que aumenta nuestra compasion hácia el autor, que aparece como víctima inmolada á la execrable inhumanidad de ese brutal é injusto poder, de que dá sobrado ejemplo el es-

(1) Confírmase esto admirablemente con la observacion, tantas veces hecha, de que al mismo pié de la horca donde se quita la vida á un ladron están otros robando, y que en el acto de una ejecucion, y despues, no son raros los homicidios, ó á lo ménos las lesiones corporales.

pectáculo de cualquier ejecucion; y engendra finalmente el tácito acuerdo de todos (1) para demorar de todas maneras la aplicacion de la ley injusta (v. gr., no denunciando el hecho, impidiendo el descubrimiento, aprehension y conviccion del culpable, principalmente por parte del juez y los testigos), con lo cual se produce la impunidad y se alienta de nuevo la comision de los delitos (2).

Sobre la criminalidad en sí misma, no dá la presente teoría luz alguna; ni lo pudiera, ya que para ella el delito, aquello á que debe proporcionarse la pena, en último término no se halla en el hecho efectuado por el criminal (en cuanto resulta de este hecho el estado de su intencion injusta, y peligrosa por consiguiente respecto del órden jurídico, estado que ha de dar la medida para la necesaria reaccion de la pena); si no fuera, á saber: en la *mera posibilidad* de delitos ulteriores agenos, es decir, en un porvenir amenazador y temible. Con esto desaparece por completo el concepto de la pena como *consecuencia jurídica* del mal efectuado, trasformándose en una simple medida de precaucion. Mas siendo al cabo indispensable en la vida determinar los casos en que ha de apli-

(1) Véase nuestros *Princ. de Dgm.*, I, págs. 37 y 47.

(2) Por todas estas razones se explica el fenómeno de que el cúmulo de crueles y sangrientas ofensas á la naturaleza humana, tan frecuentes bajo el nombre de penas en tiempos de barbárie, obrase precisamente como una siembra de gérmenes venenosos.

carse aquella, salta á la vista inmediatamente el divorcio entre el pretendido fin penal de esta teoría y el Derecho; pues, ó bien tiene entonces que llegar hasta pedir el castigo de personas enteramente irresponsables (por ejemplo, de los dementes, ó de los puramente sospechosos, ó de las corporaciones y asociaciones como tales, ó segun acontece en la supuesta pena del suicida, ó en el Derecho romano con el castigo del delito de lesa majestad en los niños, ó al penar á alguno ó á algunos, sacados de entre varios, v. gr., diezmando una série, etc., etc.): toda vez que la mera decision arbitraria del legislador ó del juez sobre lo que en cada caso exige el fin de la intimidacion, sustituye al fundamento jurídico de la pena; ó bien ha de buscar dicho fundamento, contra su propósito, y por tanto la determinacion de lo que debe penarse, en principios que absolutamente ninguna conexion guardan con aquel fin, antes por el contrario, se refieren á una culpa ya existente, ó en otros términos, á la manifestacion consumada de una voluntad injusta.

§ 10.

RESULTADOS DE LA TEORÍA DE LA INTIMIDACION.

1. Si jamás es lícito tratar á un indivíduo como *simple* medio para fines agenos (aunque sea para intimidar á otros ó para mejorarlos); si cada delincuente debe ser castigado *por causa de él mismo* y de sus hechos, aparece injusta toda pena en la cual no se atiende ante todo al cumplimiento del propio fin de vida de aquel (1), facilitándole su regreso al buen camino; sino que, por el contrario, se lo dificulta ó aun impide por completo, por ejemplo, matándolo. Esta muerte aparece, pues, como un sacrificio humano (2), calculado friamente para aplacar la sed de sangre de un fantasma

(1) Que esto exige la naturaleza del Derecho, no puede aquí mostrarse más detenidamente.—Véanse nuestros *Principios de Der. nat.*, I, págs. 148 y 156; II, págs. 13 y 17, etc., y compárense con los *Resultados de la teoría absoluta*, núm. 4.

(2) Quien dudase todavia de la primitiva concepcion de la pena de muerte como sacrificio humano, hallará instructiva enseñanza en César (*De bello gall.* VI, 16), que dice de los galos: *Pro victimis hominis inmolant..... quod, pro vita hominis nisi hominis vita reddatur, non posse Deorum immortalium numen placari, arbitrantur; publiceque ejusdem generis habent instituta sacrificia.....*

pagano de justicia, á que se rinde culto idolátrico, y no es en suma otra cosa que un homicidio *por razon de Derecho*, un asesinato jurídico.

2. Es evidente que el homicidio sólo podria justificarse *como pena*, si fuese lícito concebir ésta como un medio que, á expensas del derecho del criminal en cuanto hombre (no en vista de este mismo derecho y para realizarlo), ha de aplicarse, ya para la mera retorsion de un daño igual, ya para la intimidacion de los demás ciudadanos, ya en fin, para precaverse exteriormente contra el delincuente mismo, haciendo imposible la repeticion de su atentado. En otro caso, seria absurdo reconocer el *derecho de matar*—tanto en el Estado cuanto en los indivíduos—con apariencia siquiera de razon, fuera, á lo sumo, de cuando el delito pueda y deba en realidad ser considerado como una agresion tal, que dé lugar á un verdadero derecho de defensa.

3. Sólo por el presentimiento de la inconsistencia é injusticia de su propio principio, segun el cual, el fin de intimidar á otros para que no cometan delitos santifica todos los medios, se explica la sorprendente inconsecuencia con que los par-

---

Supplicia eorum, qui in furto aut latrocinio aut aliqua noxa sunt comprehensi, gratiora Diis inmortalibus esse arbitrantur. Sed, quum ejus generis copia deficit, etiam ad innocentium supplicia descendunt. Las razones de César contra la pena de muerte pueden verse en Ciceron, *or.* 4. *in Cat.* y en Salustio, *Cat.*, c. 51.

tidarios de esta teoría, súbitamente inspirados por pretendidas razones de *humanidad*—que para ellos no presentan, sin embargo, señal alguna de justicia—convienen en excluir todas las penas de mutilacion y martirio, y por tanto la de muerte acompañada de tormentos, mientras que esta misma pena, ejecutada pura y simplemente (aunque con dificultad la tendrá nadie por una obra de humanidad y de caridad cristiana), la sostienen con toda tranquilidad como indispensable (1).

4. Si la solucion del problema de la justicia ó injusticia de una pena en nada depende del arbitrio del legislador; si la ley penal sólo debe admitir penas en sí mismas conformes con el Derecho, esto es, con el fin racional de la pena; y si por tanto no es lícito sustituir á este fin otro alguno, necesariamente toda teoría que (como la de Feuerbach, que pronto examinaremos) se proponga alcanzar el fin de la pena por medio de la *amenaza*, ha de venir á parar á la *poena exemplaris*.

5. Cuando se sostiene con razon (como hace Püttmann) que no es lícito castigar á nadie aten-

(1) F. Reuter, *Flores secas* (*Olle Kamellen*) II; *Sobre mi prision*, pág. 26 y sig.—"La palabra *Humanidad* no es hoy por hoy más que una moneda falsa. Los tontos y los bonachones la toman; pero los que la expenden y van con ella al mercado, se guardan de recibirla..... Y..... pues la ley y la Humanidad se burlan una de otra, ó acabe la ley con la Humanidad, ó acabe la Humanidad con la ley. ¡Tal como esto anda, no es más que un juego de muñecas, pero muy cruel!"

diendo *á otros*, aunque sea para atemorizarlos (1), ni aumentarle, pues, tampoco por esta causa la pena que *él* haya merecido, viene, en realidad, á abandonarse por completo esta teoría y á reconocerse que ante todo debe indagarse qué pena sea la efectivamente merecida por el criminal mismo, esto es, la conforme á justicia. Por el contrario, vuélvese á incurrir en la primitiva afirmacion de esta teoría, cuando se afirma, como se ha hecho recientemente sin reparo alguno (y con intencion de refutar la pena correccional), que no siempre ni sólo atendiendo al criminal debe castigar el Estado, «sobre todo, si se nota aumento en ciertos delitos:» pues entonces, dicen, se requiere avivar la conciencia de una retribucion necesaria (divinamente ordenada). Los antiguos, de un modo más claro y ménos vergonzante, han dicho, cuando les ha parecido necesario un poco de escarmiento, que el incentivo del mal ejemplo ha de tener su contrapeso y equilibrio.

6. Que realmente haya nacido de este ó de aquel delito algun atractivo para imitarlo, y cuál, es siempre cosa tan de todo punto incierta y sujeta al accidente, que seria imposible determinar la pena en vista de dicha circunstancia, es decir, á fin de extirpar aquel atractivo, y en vista, pues, asimismo de su fuerza; aunque además la expe-

(1) Véase el núm. 2.

riencia no nos enseñase que precisamente lo mismo que á uno causa impresion é infunde temor (v. gr., el destierro, la deportacion, etc.), muchas veces causa á otro el efecto contrario, hasta el punto de alegrarse quizá de ello.

7. En principio, nunca la mera *posibilidad* accidental de las malas ó buenas consecuencias, ya del delito, ya de su castigo, pueden servir de criterio para determinar y medir uno ni otro; sino tan sólo la *realidad*, manifestada por un hecho, de un estado de voluntad contrario y perturbador del Derecho, así como las *probabilidades* de su peligrosa duracion y de su desaparicion futura por los medios debidos.

8. Tan cierto como que la causa tiene que preceder al efecto, lo es que el fundamento jurídico de la pena no puede hallarse en el resultado que produciria su falta; sin embargo, así piensan aquellos que, de las tristes consecuencias que la impunidad traeria consigo, pretenden deducir la necesidad de aquella (1). Aun sin esto, de tal modo peca contra las leyes del pensamiento semejante deduccion, cuanto que en virtud de estas leyes se requiere tener ya el concepto de la pena para llegar al de su negacion—la impunidad.

9. Ni la naturaleza de la pena ni la del de-

(1) Feuerbach ha puesto de relieve (en su *Revision*, págs. 95-108) con sumo acierto la completa fragilidad é interna contradiccion de esta afirmacion de Klein.

lito pueden jamás consistir en lo exterior-sensible. Aun en aquella, no ha de mirarse al hombre solamente bajo el aspecto exterior, como sér sensible; ni por tanto, segun hemos visto al examinar la teoría absoluta, considerarse como lo esencial la produccion de un dolor, ora corporal, ora espiritual—como en la infamia pública,—ni siquiera la del temor ante la imposicion de tal ó cual padecimiento. Por lo demás, la sensibilidad para el dolor, así como el valor ó la timidez de los indivíduos son infinitamente diversos, sin que hasta hoy se haya encontrado para apreciarla medida alguna.

10. Igualmente irracional es hacer de la intimidacion (ya del mismo criminal, ya de los demás) un fin para el que todo sea lícito, con tal que convenga; á lo sumo, no puede tener legitimidad, sino como medio, y en el caso probado que su aplicacion sea admisible, y hasta donde lo sea, ó en otros términos, en cuanto se halle fundada en el Derecho y sea compatible, por consiguiente, con el fin jurídico de la pena.—Si cualquier recurso imaginable para lograr la intimidacion fuese ya justo por esto, sin más, seria en verdad un inconsecuente alarde de inexplicables escrúpulos dejar de imponer como pena, v. gr., experimentos de Ciencias naturales; ó en vez de sentenciar á los delincuentes á prision correccional, condenarlos (cosa en realidad harto frecuente) á

reclusion entre vicios y crímenes, ó á hacerles perder el juicio.

11. La impresion de una advertencia propiamente saludable no puede producirla en séres morales más que la pena verdaderamente justa, que entonces, sin pretenderlo y del único modo aceptable, fortifica, tanto en el delincuente como en los demás, el *respeto* al órden jurídico del Estado y á su ley; á la vez que, por la perspectiva de las desagradables consecuencias jurídicas que nacen del delito—especialmente cuando se considera la pena, segun los más hacen, sólo bajo su aspecto sensible, como un mal—ofrece un nuevo motivo exterior para conducirse rectamente: medios todos que colocan á aquella en situacion de contrariar con la mayor eficacia posible las tendencias á la repeticion é imitacion del delito.

12. Si (como vimos al examinar (1) la teoría absoluta) donde debe buscarse lo propiamente punible, la *culpabilidad,* es en el interior del delincuente (en lo *subjetivo,* que dicen), sirviendo de testimonio y medida de esta culpabilidad el hecho exterior (lo que llaman *objetivo),* sólo en cuanto se muestra en patente relacion *de causalidad* con su voluntad, á saber, en cuanto ha sido producida por ésta, es óbvio que la mala direccion de la voluntad de otros, *accidentalmente ocasionada* por

(1) Véanse números 8, 13 y 14.

el hecho del primer delincuente, pero con entera independencia de la de éste, no puede tomarse en cuenta ni motivar pena alguna para él; como que no es culpa suya, sino de los demás.

13. *Fin* justo de la pena, lo es únicamente aquel que nace de su *fundamento jurídico* (ó en otros términos, de la naturaleza del delito ya cometido) con tanta necesidad y precision como los medios penales conformes con ambos y cuya aplicacion sólo se merece por la delincuencia, ó en otros términos, debe exigirse para el criminal, como derecho suyo.

14. Por el contrario, jamás cabe estimar la pena justa como simple medida política ó de policía, para asegurarse (prevenirse) contra la *posible* injusticia futura, ó para cualquier otro fin exterior, cuyo logro en el porvenir parece útil, pero que no se justifica por un cierto hecho realizado. (1).

15. Tanto el cálculo de un mal sensible para atemorizar á todos, ó á todos excepto el criminal, como toda pena establecida en general *(in abstracto)* segun cualquier *término medio,* aparece enteramente injusta, por la razon, aquí olvidada, de que la pena sólo debe tener su fundamento en *tal* determinada culpa de *tal* determinado de-

(1) Comp. con los *Resultados de la teoría absol.*, números 1 y 3.

lincuente, de lo cual dependen su fin y sus medios; á no ser que el criminal, contra lo que su dignidad de hombre exige, haya de verse sacrificado exclusivamente á fines agenos, usado y aun destruido como cosa enteramente sin derecho, segun dicen los retribucionistas que pide la justicia, hasta compensar por completo su propio delito (1).

16. Si la pena, para ser justa, ha de estar en proporcion con el delito (2), es decir, con el diverso género y grado de la culpa, toda pena exteriormente igual (suave ó severa) para delitos interiormente desiguales es contraria al Derecho: lo cual vale, pues, no sólo respecto del draconismo, á que conduce la ejemplaridad, sino tambien respecto de la sustitucion, hoy ya comun, aunque á todas luces inconsecuente, de la pena capital agravada, por la muerte pura y simple (la llamada *simple ejecucion);* reforma que descansa sin duda en un recto presentimiento del verdadero Derecho, pero que olvida que este mismo presentimiento reclama en realidad la supresion de toda pena de muerte, no únicamente de la agravada por un bárbaro refinamiento.

17. Con el principio de la ejemplaridad subsisten y caen algunos otros, que son meras consecuencias de aquel; por ejemplo, el de que la seve-

(1) Comp. con los *Result. de la teor. abs.*, números 4 y 12.
(2) Id., id., núm. 7.

ridad de las penas puede y debe crecer en vista de la mayor frecuencia de tal ó cual clase de delitos en determinado tiempo y lugar (1), ó de la mayor facilidad de su comision (que lleva á muchos á intentarla), ó de la dificultad de su precaucion ó de su descubrimiento, etc.

18. Al igual de la teoría absoluta (2), careceria aquí de sentido, segun esta idea de que la pena no ha de pretender sino inspirar temor:

a) Querer aplicar una pena (en vez de cambiarla por otra), que, á lo ménos *aquí,* en opinion de todos los demás, ningun mal contenga para el delincuente (3);

b) Admitir cosa alguna capaz de debilitar este temor á la pena, como especialmente la prescripcion y el indulto.

---

(1) Comp. núm. 5.
(2) Véase *Result.*, números 15 y 19.
(3) Véase tambien pág. 99, nota.

§ 11.

TEORÍA DE LA COACCION PSÍQUICA.

La fundamentacion jurídica de la pena en el Estado, segun la teoría de Feuerbach (1), es en suma la siguiente.

El fin del Estado, que es constituir el órden del Derecho, exige de una manera absoluta se hagan imposibles *en general* (ó más bien, que se eviten todo lo posible) las trasgresiones de éste, merced á instituciones convenientes. Ahora bien; no bastando al efecto todos los restantes medios de coaccion meramente exteriores, debe intentar el Estado, en la medida que lo requiera el peligro que nace de la lesion del Derecho, someter por la amenaza legal de un mal sensible los estímulos sensibles tambien de donde nacen todas aquellas trasgresiones, aspirando á vencerlos en virtud de

(1) Véase especialmente su *Tratado de Derecho penal comun (Lehrbuch des gem. peinl. Rechts)*, y su desenvolvimiento más ámplio en su *Revision de los principios é ideas fundamentales del Der. pen. positivo (Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinl. Rechts)*; 2 vol., 1799.

esta *coaccion psíquica* é interna. Dicha amenaza y su cumplimiento (sin el cual seria vana) no limitan de modo alguno la libertad jurídica y son por tanto perfectamente admisibles: toda vez que quien tiene derecho para exigir una omision lo tiene tambien para imponer á la desobediencia las consecuencias que quiera, y cuya aceptacion implica la realizacion del acto prohibido. La amenaza y su cumplimiento son además indispensables para arraigar la general conviccion del indisoluble vínculo que enlaza determinados males á determinadas ofensas.

Esta teoría quiere, segun lo que antecede, apartar de los delitos, por medio de la ley penal, á todos los criminales posibles, esto es, «prevenir en general.» Para ella, sin la ley del Estado existen ciertamente Derecho y violaciones jurídicas; pero ninguna de éstas es penable (constituye delito), sino en virtud de la amenaza del legislador.

§ 12.

EXÁMEN DE LA TEORÍA DE LA COACCION PSÍQUICA.

Que la intimidacion de los demás por el padecimiento del delincuente no puede constituir el fin racional de la pena, y por qué sea así, nos lo ha demostrado el exámen de la teoría de la intimidacion. Ante todo, se trata ahora de indagar el fin racional de la pena misma, no el de la amenaza de la ley, cuya justicia ó injusticia dependen de la pena en ella contenida, es decir, de que aparezca ó no como medio necesario para un fin racional. Es evidente, pues, que esta cuestion de la justicia de la pena, de la bondad intrínseca de su fin y de su medio, se halla siempre sobre el arbitrio del legislador, que no puede á su placer convertir en Derecho la injusticia, ni vice-versa, valiéndose de disposiciones, ora preceptivas, ora prohibitivas. No se pena en honor de la ley, sino que ley y pena existen para el Derecho, exactamente lo mismo que se adopta una resolucion porque es en sí racional y buena, y sólo se ejecuta por esto, no porque se haya adoptado y anunciado de antemano: pues, de otra manera, fácilmente

se concibe que por nada podria mejorarse lo que se ha de ejecutar.

Todas las ideas jurídicas se destruyen afirmando que la esencia del delito consiste puramente en la infraccion de una prohibicion legal, sin temor alguno en general, ni especialmente á la pena con que la ley conmina. Ningun hombre de razon sana se dejará persuadir de que Cain no delinquió porque no faltó al Estado y su ley; como tampoco estimará que el no tener miedo sea propiamente lo que merezca pena. Querer con Feuerbach ejecutar ésta sólo para atemorizar á los ciudadanos por medio de la ley, haciéndoles ver que no era vana su prévia conminacion, único fin que justifica la ejecucion á sus ojos, y que precisamente por esto es para él lo capital, no es resolver la cuestion, sino aplazarla. ¡Difícilmente puede imaginarse en realidad nada más trastrocado, más contradictorio, que el que se cause á uno el mal con que se le amenazó para un caso determinado, á fin de intimidarlo *con la amenaza!* Pues es manifiesto que este fin, á lo ménos por entonces, se ha frustrado *respecto de él* irreparablemente: por donde mal puede servir ya para justificar la ejecucion de la pena, que á lo sumo podrá alcanzar *en lo venidero* para atemorizar á los demás ó aun al mismo delincuente en otros casos.

Si, por el contrario, como es indudable, la justicia de la ley y de su amenaza dependen de la de

su contenido, nunca será lícito dar sin más este contenido por supuesto, ó más bien hacer de él una ficcion (por no decir un fraude capcioso); sino que la cuestion de la teoría penal consistirá en designar con exactitud las condiciones necesarias de toda pena justa, á fin de que el legislador ordene segun ellas la ley. ¿O puede quizá bastar para la legitimacion jurídica de aquella que el delincuente (á consecuencia de la publicacion de la ley) haya sabido de antemano lo que le aguardaba y se lo atribuya en cierto modo, como suele decirse? ¿Cabe siquiera afirmar que, por el hecho de su delito, ha declarado su asentimiento (1) para soportar cuantos males parezca bien al legislador imponer á aquella falta? En la mayoría de los casos, ese conocimiento prévio es además puramente *imaginario;* pero lo es en todos el pretendido asentimiento del criminal, deducido de su hecho, y su supuesto contrato con el Estado sobre la pena con que le amenaza la ley. Cuán impotente seria aun la efectiva voluntad indiscreta del mismo reo (como la del legislador ó la del juez) para modificar el verdadero Derecho en la

(1) Ya Grolman expuso con tanta claridad—en su *Fundamento del Derecho penal (Begründung des Strafrechts)*, especialmente en la pág. 15—la debilidad de esta pretension, así como del célebre *volenti non fit injuria*, utilizado para justificarla, que Feuerbach comenzó visiblemente á turbarse.—Comp. *Res. de la t. abs.*, n. 15.

pena, ya se ha visto al examinar la teoría de la retribucion (1).

De aquí salta á la vista lo ficticio de esta aureola de la ley que se quiere poner por delante y que se disipa al punto, no bien se notan sus resultados. Si la observancia de la ley por todos, no sólo por *todos excepto el delincuente,* fuese en realidad—segun de las palabras de Feuerbach parece colegirse—el fin de la ejecucion de la pena, como lo es de su conminacion legal, se distinguiria su doctrina de la *poena exemplaris;* pues no trataria cual esta al criminal como simple medio para agenos fines, ni podria admitir entonces como pena la muerte. Mientras tanto, no haciéndolo así, recae en la mera ejemplaridad.

El fin, tanto de la conminacion como de la ejecucion de la pena, es segun Feuerbach la destruccion en todos los ciudadanos, mediante el temor, de los estímulos sensibles hácia el delito; derivándose en consecuencia la medida de la pena de la fuerza de esos mismos estímulos. Pero muchas y grandes perturbaciones del órden jurídico no nacen de modo alguno de impulsos sensibles, sino hasta de móviles nobles en sí (como el sentimiento del honor, el fervor político ó religioso, la compasion, etc.), ó aun de mera negligencia—de irreflexion, de precipitacion, de debilidad, de

(1) Véase núm. 15.

apatía, de insensibilidad—ó finalmente, de una excitacion repentina. Para toda esta clase de delitos, falta en la teoría que examinamos, no ya la medida, sino aun la posibilidad de aplicacion de la pena, si ésta debe consistir únicamente en un contrapeso sensible, que mal puede concebirse allí donde faltan móviles de igual carácter.

Y si ha de calcularse segun la magnitud, intension y duracion de estos móviles ese contrapeso, ó más bien, el mayor peso, igualmente sensible, que ha de producir la pena, es evidente que deben castigarse con gran dureza, no sólo delitos que nacen del hábito, de la pasion, de la mala educacion, sino aun aquellos en que la falta de reflexion, ó de sentimiento, ó de energía de la voluntad y accion, ó la embriaguez, la buena ocasion y otras circunstancias semejantes ayudan á apartar los impedimentos interiores y exteriores que pudieran oponerse al predominio de los malos impulsos. Sin embargo, la mayoría de los criminalistas de esta escuela (y á lo ménos en los últimos casos citados, Feuerbach mismo) admiten lo contrario, á costa de la consecuencia; porque al cabo es difícil desconocer que ciertamente no existe entonces un alto grado de maldad, y que, aun allí donde en efecto impele al delito un estímulo sensible, no puede éste *por sí solo* constituir lo peligroso y punible, ni determinar por su fuerza la medida de la penalidad, sino la mala

voluntad egoista y olvidada de sus deberes, que dió á aquel estímulo la victoria. Igual inconsecuencia comete Feuerbach cuando quiere traer para medir la pena la importancia exterior (objetiva, que dicen) de la accion como tal, en vez de considerarla sólo *mediatamente,* en cuanto atestigua la importancia (subjetiva) de los impulsos sensibles, que es lo que en sus ideas procedia.

Antes de poner más en claro el error de Feuerbach en querer calcular la ley penal puramente sobre el vencimiento de esos impulsos, haciendo que ofrezca á todos la perspectiva de un dolor (el sufrimiento del mal de la pena con que les amenaza la ley) mayor que el placer buscado en el delito, recordemos todavia una circunstancia que ya nos llamó la atencion al examinar la teoría de la intimidacion inmediata, á saber: que la timidez de los hombres es desigual por extremo, y que de consiguiente las más severas penas debieran aplicarse á *todos* los casos, si se quiere tener seguridad de que produzcan efecto, ya que esto es lo que mejor parece responder al fin exclusivo de la intimidacion. Y sin embargo, como el mismo Feuerbach reconoce, esa extraordinaria y rigurosa dureza de las penas seria contraproducente: en parte, porque acabaria por embotar y producir indiferencia; en parte, porque las leyes demasiado crueles y que contradicen al sentimien-

to del Derecho, por todos lados se eluden (1).

De esta suerte, no quedaba á Feuerbach otro recurso que convertir en piedra de toque para probar la justicia de la pena, la *necesidad* del mal incluido en ésta para el fin de la intimidacion; pero si se ha de mantener con todo rigor este punto de vista, es menester para cada indivíduo una amenaza especial que se dirija á él únicamente, pues no podria entonces medírsele por el rasero de la mayoría; y tomar por punto de partida el término medio de la susceptibilidad de intimidacion, aunque pudiese descubrirse este término, seria decididamente inadmisible. No obstante, vése obligado Feuerbach á establecer como pena un mal *de término medio* que pueda verosímilmente bastar para la mayoría, alcanzándosele la imposibilidad de que la ley prevea todos los casos individuales y determine de antemano con entera exactitud lo que en cada uno se necesita (2).

Todo delito cometido en desprecio de la amenaza consignada en la ley, desmiente la suposicion que sirve de regla á dicha amenaza, y de consiguiente la teoría misma; pudiendo afirmarse en verdad que en cierto modo ha sido realizado con la complicidad del legislador, pues que atestigua

(1) V. la pág. 96 y siguientes.
(2) V. el *Ex. de la t. de la intim.* pág. 97 y el número 15 de sus *Resultados*.

que la pena con que se pretendia retraer á ese mismo criminal era insuficiente, y dejando por tanto además la duda de si su cumplimiento bastará para impedir la reincidencia. Mas de esto no tiene por qué cuidarse una teoría que pretende fundar la justicia de la pena puramente en la ley; que ha de contentarse además con una justicia abstracta; que corta el nudo, por no cansarse en desatarlo; y que deberia rechazar en rigor toda amenaza penal que no se halle fijada con la mayor precision por el legislador, ya que sólo una pena de esta clase puede equilibrar en la balanza al delito, cuyo pró y contra supone Feuerbach pesa el criminal préviamente.

Pero es de todo punto inconcebible la absurda pretension de que, en el caso de indeterminacion de la ley, pronuncie el juez la pena segun el mismo criterio con que la habria dictado el legislador: pues, á distincion de éste, tiene el juez ante sí un hecho ya cometido que no hay para qué pensar en impedir; por lo cual, la pena que él impone no puede dirigirse á prevenir *todos* los delitos posibles (prevencion general)—que es lo que se propone la amenaza de la ley,—sino únicamente los *ulteriores*, ora del mismo malhechor (prevencion especial) en primer término, ora tan sólo de todos los demás ciudadanos (ejemplaridad.)

Ahora bien; cuando la *amenaza* penal ha sido infructuosa, y se pregunta qué eficacia ha de pro-

ducir la *ejecucion* de esa pena misma y sobre quién, necesariamente ha de decidirse Feuerbach por uno ú otro de esos extremos y resolver en él su teoría, al parecer tan propia y original, pero en realidad tan infecunda como lo muestran los delitos que á su pesar se cometen.

Si Feuerbach no niega terminantemente al hombre la facultad de determinarse por sí mismo, con independencia de toda influencia exterior, incluso la del miedo, esto es, su libertad moral, muestra no obstante olvidarla por completo; y cuando más, no es para él sino como un raro privilegio reservado sólo á algunos pocos, é inaplicable por tanto como punto de partida para el juicio de las acciones humanas. Antes al contrario, precisamente considera único criterio para este fin de la imputacion y de la imposicion de la pena, la suposicion inversa de que el hombre puede ser determinado por lo exterior; aunque cree evitar toda apariencia de determinismo, sustituyéndolo con lo que él llama facultad de decidirse arbitrariamente y como quiera *(Willkür)* entre varios motivos posibles. Contando con lo cual, piensa, pues, que mientras más motivos egoistas y sensibles nos ofrezca la ley (por el mal de la pena con que nos amenaza) para omitir tal ó cual accion que halaga nuestras pasiones, tanto más crecen las probabilidades de que nos decidamos en favor de la ley que así nos estimula.

La cuestion para Feuerbach se reduce segun esto á combatir la sensibilidad con la sensibilidad, á reprimir el placer que se espera del delito, con la imágen del dolor contenido en la pena (1). La pena y su efecto se consideran, pues, de un modo puramente sensible y mecánico, aspirándose en ella á una especie de *coaccion psíquica* mediante el temor, aprovechando las fuerzas inferiores del alma (la facultad apetitiva sensible, egoista), como pudiera hacerse de un modo análogo aun con el loco ó el animal, y haciendo abstraccion completa de que el hombre es un sér capaz de propia determinacion racional (si no *actu,* á lo ménos *potentia),* y que como tal debe ser tratado; no impeliéndosele meramente desde fuera, sino estimulándosele interiormente á dirigir *por sí mismo* su voluntad al bien y lo justo: y esto, no porque y cuando sus inclinaciones, las sensibles sobre todo, hallan satisfaccion de esta suerte, sino aun en el caso inverso, merced á la conciencia del deber. Suponiendo, por el contrario, erradamente esta teoría no más que motivos sensibles en todos los hombres é intentando utilizarlos, y en cuanto pretende rebajarlos á esclavos del miedo ante los males exteriores, renuncia en absoluto á todo efecto ético y moralizador de la

(1) Enteramente análoga es, en lo capital, la série del pensamiento de Benthan.

pena, y aun produce precisamente un resultado inmoral (1).

Lo absurdo de las consecuencias que necesariamente se derivan de semejantes premisas, es de por sí evidente. Pero cuando estos principios fuesen verdaderos, jamás lo serian las conclusiones que de ellos deduce Feuerbach. Aun abstraccion hecha de que hay muchos delitos (como arriba se ha notado) que no nacen de móviles sensibles, faltando por tanto objeto que combatir y vencer con la perspectiva de un mal de la misma clase (que es para Feuerbach la única mision de la pena); y admitiendo que siempre, ó á lo ménos en tal ó cual caso, impulsen á la comision del delito estímulos de ese género, todavia entonces el supuesto cálculo del que, antes de delinquir, compara exactamente el peso del placer y el dolor sensibles, aunque realmente tuviese lugar, no produciria las más veces el resultado que de él se espera.

En efecto; las condiciones prévias para este resultado no existen, ni con mucho, en la mayoría de las ocasiones. A menudo, los impulsos para delinquir obran tan rápida y violentamente (por ejemplo, en la embriaguez ó en la cólera), que no dan tiempo para reflexionar y pensarlo todo con tranquilidad (2); ó no se viene á ese frio

(1) Véase lo antes dicho, al examinar la teoría de la intimidacion, pág. 96, etc.

(2) De experiencia sabemos que los hombres en un es-

cálculo, porque precisamente los ménos son hombres de puro cálculo, frios y desapasionados; mientras que tantos son los que se deciden á obrar ó no obrar (aun tratándose de delitos), sólo por mero sentimiento. Pero aunque efectivamente alguno que piensa ejecutar una mala accion se detenga á calcular el pró y el contra con la mayor sangre fria, sólo puede influir en su decision la expectativa del mal con que le amenaza la pena, cuando conoce exactamente su magnitud, no cuando así lo supone una ficcion legal; y la balanza no se inclinará del lado de la ley sino en casos rarísimos—aun dado que sepa con toda exactitud la pena que le aguarda,—por la sencilla razon de que el hombre propende á creer aquello que desea y peca más por exceso que por defecto en la confianza que en sí propio tiene (1). Por todo lo cual, pesará siempre en el ánimo del delincuente, hasta un grado difícil de equilibrar, la esperanza de no ser descubierto, ó á lo ménos de evitar la pena por otros modos (como la fuga, la prescripcion ó el indulto), segun ya antes hemos hecho resaltar en la teoría de la ntimidacion (2).

---

tado de excitacion violenta, se ven arrastrados casi irremisiblemente, á *pesar* de las más severas amenazas y penas, sin ser por esto perversos y dañosos. Ni para reconocer una gran rebelion moral, ni para un vivo temor de reincidencia, suele haber, pues, razon en estos casos.

(1) Comp. nuestros *Princ. de D. n.*, II, pág. 64.

(2) Pág. 96.

Cuánto puede esta esperanza, y cuán grande es en todo caso la ilusion de Feuerbach al fiar tanto en la amenaza de la ley, harto se muestra admirablemente en el hecho de que infinitos hombres que creen firmemente en las penas eternas del infierno, á pesar de todo cometen delitos, ora sea que sepan apartar su pensamiento de esa consecuencia, que reputan inevitable, pero todavia muy lejana, de su mala accion, ora sea que esperen hallar gracia ante el tribunal de Dios.

---

§ 13.

RESULTADOS DE LA TEORÍA DE LA COACCION PSÍQUICA.

1. Pues que la justicia de la ley penal depende de la justicia de la pena misma con que ella amenaza, y no al contrario, por lo cual todo viene á parar á esta primera base y centro; y en cuanto la pena ha de tener siempre un fin á que referirse, toda teoría penal no puede ménos de ser *ejecutiva,* apareciendo insostenibles las meramente *conminatorias,* en las que (contra las leyes del pensamiento) no es el medio para el fin de la pena la pena misma, sino la ley donde se establece (1).

2. De la teoría de la coaccion psíquica, resulta con singular evidencia el completo error que se comete cuando se concibe la pena puramente como medio de impedir una injusticia posible, y no como consecuencia jurídica de una injusticia

(1) V. *Result. de la t. de la intimid.*, núm. 4.

cometida, confundiendo el fin de la legislacion, que sólo puede ser general y atender á lo por venir, con el fin de la pena misma.

3. Debiendo necesariamente, como vimos al examinar la teoría absoluta (1), decidirse el *género* y *grado* (cualidad y cantidad, medida) de la *aplicacion* de la pena por el mismo principio (fundamento y fin jurídico) que la *imputacion* de la criminalidad misma; si por tanto la justa medida de aquella sólo puede hallarse en vista del fin para que debe servir, se ofrece aquí desde luego—ya que este fin no se alcanza en todos los ciudadanos por medios igualmente enérgicos—lo mismo que ya encontramos al tratar de la ejemplaridad (2), á saber: que la adopcion de un *término medio* en la penalidad seria tan imposible como inícua: por lo cual, nunca la pena justa puede fijarse con la debida exactitud *de antemano* y en abstracto (por la ley), sino *segun el hecho* efectuado en cada caso singular.

4. Si sólo en relacion al delito cometido cabe señalar la única pena que le pertenece (la pena justa), jamás es lícito á la ley, sin contradecir abiertamente á las más elementales exigencias de la justicia y sin pretender una prevision é infalibilidad verdaderamente sobrehumanas, atreverse

(1) V. núm. 14.
(2) Núm. 15.

á determinar préviamente y hasta lo individual (específicamente) los medios penales requeridos para todos los delitos posibles en lo futuro; sino que debe limitarse á exponer los principios generales segun que puede y debe señalarse lo correspondiente en cada caso particular que ocurra, tanto para la restauracion del estado jurídico perturbado, como para impedir sus ulteriores lesiones.

5. Aun esta misma teoría muestra—al igual de la absoluta (1)—que sólo lo *interior* (lo *subjetivo*) es lo propiamente punible; si bien yerra en no tomar en cuenta más que los impulsos *sensibles* de la mala voluntad, prescindiendo de todos los restantes, es decir, en no considerar esta mala voluntad como tal y en sí, sean cualesquiera los motivos que la determinen, y en no estimar el hecho exterior puramente como medio para interpretar el interior del agente al aplicarle la pena, mas tan sólo *como tal* en sí propio y *á la par* con ese mismo interior.

6. Igualmente se confirma aquí tambien lo que del exámen de la teoría absoluta (2) resultaba, á saber: que el Derecho penal, á semejanza del Derecho todo, no puede depender de la voluntad de nadie, como tal pura y simple voluntad (ni por tanto la justa medida de la pena, así en

(1) V. los *Result.* núms. 8, 13 y 14 de ésta.
(2) Núm. 15.

su amenaza como en su cumplimiento), aunque esta sea la del legislador (1) ó el juez, ni del arbitrio del delincuente mismo, ora renuncie á la pena que le corresponde, ora se deje imponer la que no ha merecido; por más que en vano se invoque el *volenti non fit injuria*. De aquí que, aun cuando el conocimiento de la ley por parte del criminal no fuese casi siempre una mera ficcion jurídica (2), careceria completamente de fundamento, por una parte, la suposicion de su consentimiento tácito, mediante su accion ilícita, para sufrir la pena que desde luego sabia le aguardaba, y la consiguiente imaginaria existencia de un pretendido contrato entre él y el Estado; mientras que por otra parte seria además esta suposicion tan supérflua para justificar la pena merecida, como insuficiente para legitimar la injusta.

Con esto quedan de una vez para siempre refutadas todas las tentativas encaminadas á fun-

---

(1) Al cual quiere Feuerbach conceder el derecho de castigar con el mal que le parezca la comision de los actos que prohibe.

(2) Sobre esto ninguna culpabilidad real, sino imaginaria, podria fundarse. Pero aquí, como en otros puntos, lo real y lo imaginario son para Feuerbach una misma cosa; de igual modo que durante mucho tiempo habia intentado apoyar una presuncion jurídica de mala intencion en el sofisma de que „quien ha querido el medio, ha de haber querido el fin;„ conforme á lo cual no podria en rigor admitir—como sin embargo admite—que haya delitos por negligencia ó imprudencia.

dar el Derecho penal en un *contrato del Estado con el delincuente* (por ejemplo, en el *pacto de expiacion,* de Fichte), y que por tanto pueden omitirse en el discurso de este escrito.

7. Lo seductor de la teoría de Feuerbach para los contemporáneos consiste quizá en que lleva escrita en su bandera este lema, no ménos verdadero que bello: «más vale prevenir los delitos que castigarlos» *(melius est occurrere in tempore quam post exitum vindicare).* Sólo que se olvida: 1.°, que esta proposicion de nada sirve ya, tan luego como se trata de aplicar la pena (pues entonces la prevencion se ha intentado sin éxito) y que la solucion del problema en ella enunciado es puramente ilusoria y simulada, cuando se borra con Feuerbach la distincion entre prevenir y castigar, dando á esta última palabra el sentido de aquella; 2.°, que la pena no puede obrar preventivamente para todos, sino de un modo muy imperfecto y subordinado, y bajo las determinadas condiciones que resultan del delito cometido; ó en otros términos: sólo cuando es en sí justa y hasta donde lo es (1).

8. Al número de las más estimables verdades, aunque mezclada con algunos errores como hemos visto, pertenece sin duda la idea de Feuerbach de

(1) Comp. *Result. de la teoría de la intimidacion,* núm. II.

la *coaccion psíquica* (1), de que toma nombre su doctrina. Su vicio fundamental consiste en dirigir exclusivamente su atencion (de conformidad con el espíritu de la teoría jurídica de Kant) á la conducta exterior, descaminándose de esta suerte hasta el punto de calcular sus medios puramente por los móviles sensibles del delito y para vencerlos; figurándose hallarlos en el temor ante el mal igualmente sensible con que la ley amenaza.

Ahora bien; los medios de coaccion corporal ó espiritual, meramente como tales, obran sobre el hombre exterior, pero sólo sobre él; podrán sujetarlo transitoriamente y reducirlo á obediencia; no producirán jamás su fiel sumision, ni por tanto seguridad alguna bastante y duradera, y aun pueden surtir el efecto diametralmente opuesto, convirtiéndose, como las medicinas, en venenos por una aplicacion errada, v. gr., exacerbando á los hombres, ó haciéndolos malignos, endurecidos y audaces.

Por el contrario, rectamente aplicada, puede la coaccion ejercer un influjo *mediato* en la disposicion de la voluntad para el bien. Es innegable que la *determinacion* (efectiva) racional de la voluntad no existe en igual medida en todos los

(1) El lado admisible de esta idea, tan fácil de torcer y aun en general tan mal entendida, ha sido notado con acierto, entre otros escritores, por Romang (*Sobre la libertad de la voluntad—Ueber die Willensfreiheit*—1835).

hombres, sino sólo el poder, la *facultad* de determinarla de este modo, cuya facultad es susceptible y se halla necesitada de un infinito desarrollo, dependiendo en esto, bajo muchos conceptos, de relaciones y condiciones exteriores, segun cuya existencia ó no existencia se desenvuelve más ó ménos. Prestando cuanto sea posible estas condiciones favorables, debe aspirar toda manera razonable de tratar á los hombres, y especialmente todo sistema de educacion, como todo sistema penal, á ejercer un provechoso influjo, y aun en cierto modo una coaccion psíquica mediata, en el buen sentido de la palabra. Lo importante es elegir los medios adecuados á ese fin, conforme á las leyes del espíritu, en virtud de las cuales es sumamente verosímil que á determinadas influencias sigan determinadas reacciones, una vez tenidas en cuenta todas las circunstancias y lo que á la individualidad se debe.

En la pena particularmente, todo resultado feliz, ó en otros términos, el regreso del delincuente al camino del Derecho, del cual se habia separado, está sujeto á la condicion de que los medios, sin excepcion alguna, aun aquellos que limitan más ó ménos la libertad exterior de aquel, se hallen bien calculados para contrarestar en cada caso la mala inclinacion—sensible ó no—de que nació el delito y determinar al agente á contenerse en adelante en los debidos límites.

Desde luego se concibe que este cálculo sale fallido con tanta mayor frecuencia, cuanto más difíciles son de conocer las leyes de la vida espiritual, en comparacion de las de la Naturaleza, harto más sencillas.

La coaccion psíquica que debe ejercer la pena es quizá el término equidistante entre los medios éticos y puramente interiores de la amonestacion, el consejo, etc., y la fuerza natural insuperable que, por ejemplo, se muestra en las enfermedades mentales. La momentánea preponderancia de las tendencias sensibles puede y debe, á semejanza de lo que en el niño y el demente practican con delicado arte el pedagogo y el médico, ser combatida mediante la pena, con ayuda tambien de la fuerza física, convenientemente aplicada; esto es, mediante una coaccion ó restriccion de la libertad corporal exterior, capaz de servir de apoyo, digámoslo así, provisional y externo á las resistencias morales contra la tentacion, que, aunque débiles, existen todavia, á la vez que de despertar, fortificar y dirigir las fuerzas de la inteligencia, del corazon y de la voluntad, promoviendo gradualmente la manifestacion del espíritu mejorado, hasta hacer que el *Yo* vuelva por fin á completo concierto consigo mismo, mediante la plena soberanía de la razon respecto de todas las fuerzas é instintos del cuerpo y del alma. Se comprende que semejante procedimien-

to, ó en otros términos, la pena, sólo puede tener sentido allí y hasta donde una verdadera perturbacion del espíritu no excluye la posibilidad de su eficacia.

9. Acertaba Feuerbach, elevándose en cierto modo sobre la concepcion jurídica de Kant, cuando para nada tenia en cuenta la oposicion de su teoría con la opinion reinante, que considera la libertad moral como absoluta; partiendo en efecto, antes al contrario, de que la libertad humana, atentamente reconocida, se halla condicionada bajo muchos respectos y necesita indispensablemente una coaccion que la excite, lejos de ser incompatible con ella, como lo ès sin duda la sujecion y tutela, que esa coaccion implica, con la exigencia kantiana de una libertad exterior enteramente igual para todos.

La misma solidez muestra en su doctrina de la aplicacion de la pena, al afirmar que el que delinque por mala educacion, por pasion ó por costumbre, aunque merezca más disculpa desde el punto de vista moral, porque puede aparecer ménos libre, debe ser, desde el punto de vista del Derecho, más gravemente penado. O más claro: que precisamente por haberle faltado *hasta entonces* las condiciones exteriores para una conducta conforme al Derecho y para una propia causalidad moral, la seguridad del órden jurídico exige que se vele *desde ahora* por que se le procuren

en adelante esas condiciones, sometiéndolo á un tratamiento correspondiente por más largo tiempo, á saber, por todo el necesario hasta destruir completamente aquellos impulsos que le movian al delito, trasformándolos en los contrarios, mediante el influjo ulterior de una accion buena y reparadora. Feuerbach presentia de esta suerte que la existencia de una libertad interior que en todos los hombres se supone presente y ágil en igual medida, no puede ser lo que constituya la responsabilidad del criminal, sino precisamente lo contrario: su falta *actual* de libertad moral (1), *en este* determinado respecto, aunque no en todos.

Abria así camino, sin saberlo ni quererlo, con su idea de la coaccion psíquica y el gérmen de verdad que contiene, á la concepcion de la pena

(1) Comp. con nuestros *Princ. de D. n.* II, § 120.— Nótese como aclaracion aquí todavia que cuando alguno á quien no falta conocimiento (que los más, precipitadamente, confunden con la educacion y la cultura) en tal ó cual relacion, no careciendo, por tanto, á lo ménos tocante á la inteligencia, de las condiciones de la libertad moral, ó sea, de la autonomía racional, comete, sin embargo, un delito, dá en esto la prueba más irrecusable de un estado muy defectuoso de su corazon ó de su voluntad: ya que sólo así le han podido faltar fuerzas para sobreponerse eficazmente al predominio de estos ó aquellos apetitos, instintos y pasiones.

Aquel para quien su Yo es lo primero y supremo, aquel que á su desalmado egoismo subordina todo lo demás, aun la vida de los otros hombres, como simples medios para sus propósitos, padece notoriamente á la vez un grave error, quizá arraigado en toda su anterior vida y engendrado por la experiencia de una conducta

como medio de *correccion* y *disciplina*, aunque mezclando con ella tanto error, que no podia llegar á completa y consecuente aplicacion sistemática. Pues Feuerbach, con efecto, no se elevó á la consideracion de que es inconcebible una contradiccion *real* entre el juicio moral y el jurídico sobre una misma accion—por más que *parezca* de otro modo, mirado desde estos diversos aspectos—y cayó de aquí en la insana preocupacion de buscar la coaccion psíquica en la mera intimidacion y proporcionar las penas á la mayor ó menor cobardía.

10. Toda teoría que no atribuye á la conducta del delincuente más que móviles sensibles, imaginando contrariarlos por medio de la pena, es parcial é insuficiente, saliendo fallidos sus cálculos en cuantos casos resulta falsa su suposicion fundamental, quizá por la completa indiferencia del criminal respecto de la pena, considerada puramente como mal exterior sensible. Una teoría acertada jamás puede querer obrar más allá de donde está la raíz del mal, en suma, segun la

---

semejante de otros para con él. Tan difícil es esperar en este caso, como en todos los análogos—y sólo de una accion enérgica y duradera—la radical reforma de una falsa y perniciosa direccion ya habitual, cuanto fácil y rápida es en tantos otros (v. gr., en los delitos políticos ó religiosos) la curacion del error de que el criminal partia.—Comp. con Krause, *Compendio de D. n.*, página 111, etc.

diversidad de los impulsos, y en vista de *todo el estado interior* del criminal, apreciable por su injusto hecho.

11. Feuerbach es consecuente al querer que se conmute la pena en caso de que ningun mal traiga al delincuente la señalada; pero esta consecuencia le falta cuando admite tanto la prescripcion como el indulto (1).

---

(1) Véase el *Resultado* 18 *de la t. de la intimid.*

§ 14.

TEORÍA DE LA ADVERTENCIA.

Segun esta teoría, presentada por Antonio Bauer (1), la ley penal debe salir al encuentro, por medio de la advertencia, en vez de la intimidacion, á *todos* los motivos de los delitos, no sólo á los sensibles; apareciendo el legislador, nunca como un tirano que aterra á cobardes esclavos, sino como un padre amoroso para con sus hijos libres. *Delito* es, segun Bauer, la accion punible á que la ley señala pena; y es *punible*, no toda violacion del Derecho, sino exclusivamente aquel acto que pone en peligro al órden jurídico (aun cuando no sea siempre contrario á éste y sólo quizá meramente inmoral ó perjudicial, como la

(1) Véase sobre todo su escrito: *Teoría de la advertencia, con una exposicion y crítica de todas las teorías penales (Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorieen*; 1830), y sus *Ensayos sobre Derecho y procedimiento criminales (Abhandlungen aus dem Strafrecht und Strafprocess)*, t. I, ens. 1.º;—así como nuestro detenido exámen de estos trabajos en los *Anales* de Heidelberg (1843, números 11 y 12.)

lascivia ó la usura) y para impedir el cual no bastan otros medios; mientras que en no pocas trasgresiones jurídicas sucede lo contrario.

El *grado* de punibilidad debe determinarse segun la razon de la punibilidad misma, esto es, segun lo perjudicial (tanto objetiva como subjetivamente) de la accion con respecto al órden del Derecho; anunciando anticipadamente en la ley, para que todos estén advertidos, el mal señalado á dicha accion como pena. El criterio de ésta no ha de tomarse, pues, del fin de la ley penal, ni del de la pena misma, que en su ejecucion, ningun fin puede tener; por lo ménos ninguno especial.

§ 15.

EXÁMEN DE LA TEORÍA DE LA ADVERTENCIA.

Tampoco esta doctrina, cuyo autor la expuso al principio sólo como una mejora de la de Feuerbach, pudo libertarse por completo del error fundamental de éste, al partir del mismo punto de vista subordinado del juez, edificando toda su teoría penal sobre la ley, y olvidando que ésta es siempre lo segundo, jamás lo primero; ya que únicamente la teoría puede mostrar al legislador qué contenido ha de tener la ley para ser justa: es decir, tanto el *por qué* y el *para qué,* como el *qué* y el *cómo* debe penarse, establecerse la pena legal para que corresponda en un todo á su inmediata razon y fin peculiar en el Derecho, por cuyo medio exclusivamente es posible que aparezca *como verdadera y necesaria institucion de justicia.*

Presintiendo con acierto que todos estos puntos quieren ser mostrados propiamente, bien quisiera evitar Bauer la apariencia de que, para él, como para Feuerbach, la pena existe sólo

para que se cumpla la ley, y aun prestar algo á su teoría de aquella aureola del llamado "acto de justicia", que halla en la absoluta, viniendo á la afirmacion (imposible de probar) de que á ningun fin debe aquella referirse. Feuerbach, obrando lógicamente, habia tenido que exigir la existencia de una ley *enteramente determinada* y de su conocimiento; Bauer, segun sus principios, deberia considerar esta circunstancia, no como *necesaria,* sino á lo más como *conveniente;* pero, lejos de ello, declara abiertamente muchas veces que la ejecucion de las penas tiene un fin, y que éste consiste tan sólo en la ley y su amenaza, sin *otro nuevo ni especial,* reduciéndolo así en lo capital todo á estas.

Lleva tanta ventaja no obstante su teoría á la de la coaccion psíquica, cuanto que á lo ménos establece el género y grado de los medios penales (y la medida de la pena, por consiguiente), no en vista del fin de la amenaza legal, sino de su necesidad y utilidad para impedir las acciones peligrosas respecto del órden jurídico, es decir, punibles; no queriendo además calcular tampoco la advertencia legal parcialmente, en vista de *un* determinado efecto, ni ménos de la mera oposicion y lucha contra los impulsos sensibles del delito; antes bien, tiene por enteramente imposible prever su modo de influir, que puede ser muy diverso segun las circunstancias, y que Bauer in-

tenta traer y referir en general á la misma voluntad injusta, en todos sus diferentes móviles. De aquí resultan muchas consecuencias exactas, por ejemplo, sobre el castigo de las trasgresiones cometidas por los naturales de un Estado en otro, de la tentativa ejecutada con medios inconducentes ó en un objeto incapaz de lesion (1), y de los delitos por negligencia, que Feuerbach deberia no castigar de modo alguno, ó castigarlos muy duramente (cuando obedecen á estímulos sensibles).

---

(1) V. gr., en un niño que nace muerto y no puede por tanto ser asesinado.

§ 16.

RESULTADOS DE LA TEORÍA DE LA ADVERTENCIA.

1. Queda ya fuera de duda para en adelante que toda teoría conminatoria, cuyo propósito es alcanzar el fin de la pena mediante la amenaza de la ley, encierra una interior é insoluble contradiccion, y tiene que reducirse á teoría ejecutiva ó de ejecucion penal (1). Segun esto, la distincion entre una y otra clase de teorías aparece insostenible, así como la afirmacion de que, exigiendo juntamente aquella amenaza y su cumplimiento, nazca una teoría mixta. Antes bien, medidas semejantes de policía, que aspiran tan sólo á impedir los delitos en general (prevencion general), de nada pueden servir para resolver las cuestiones sobre el fundamento y fin de la pena; sino que, por el contrario, el reconocimiento de ésta y de su justicia tiene siempre que preceder como irremisible condicion y criterio para determinar el contenido de la amenaza legal.

(1) V. *Result. de la t. de la coaccion psíq.*, n. 1.

2. Si la inversion que hace Feuerbach de todas las relaciones naturales, intentando justificar la amenaza por su prévia publicacion y ocultarse tras de la ley penal (punto de vista propio únicamente del juez) debe, pues, reputarse completamente inadmisible, contiene la teoría de la advertencia un regreso hácia el buen camino, en cuanto, segun ella, la medida de la pena, á lo ménos (ya que no, como debiera ser, tambien su razon y fin), ha de establecerse antes, independientemente de toda ley y amenaza legal.

3. Si ha de exigirse para la pena, lo mismo que para cualquier otro medio ó institucion jurídicos, un *fin propio* y *distinto* y toda una organizacion correspondiente á este fin; y si por tanto la afirmacion de que así se la rebaja á una simple medida de utilidad, es de todo punto absurda, nada gana en verdad la doctrina de la advertencia con sus simpatías por la teoría absoluta: pues que la pena, lejos de justificarse con no admitir fin alguno—tanto en el juicio como en la ejecucion—logra sólo con esto aparecer enteramente irracional (1).

4. Aun el juez mismo necesita principios para *todos* los casos, no puramente para el de indeterminacion de la ley en el género y medida de la pena. Tampoco pueden serle, pues, indiferentes la

(1) Véase *Result. de la t. abs.*, n. 2.

razon y el fin de ésta, como no lo son para el legislador; sino que, tanto en la sentencia del juez cuanto en su ejecucion, es evidente que debe partir de esos elementos, si es que ha de seguir el espíritu del Derecho y no meramente la letra muerta de la ley. Al punto que se ha cometido un delito, tan luego como ha de habérselas con un verdadero criminal, se trata ante todo de saber qué es lo que en *aquel* determinado delincuente puede y debe proponerse la pena; y toda doctrina que olvida este fin primero y esencial ó lo deja en segundo término, anteponiendo como principal la utilidad secundaria y meramente accidental del efecto que mediante el castigo pueda lograrse en otros, incurre en la mera ejemplaridad (1).

5. Con acierto quiere la teoría de la advertencia determinar el grado de la penalidad por su fundamento; pero su censura contra todas las restantes teorías relativas de «que pretenden calcular ésta segun un fin concebido de tal ó cual modo», sólo es justa en tanto que este fin no nace de la verdadera razon jurídica de la pena (2).

6. Una distincion sólo aparente se nota desde luego entre la teoría de Bauer y la de la coaccion psíquica, á saber: que ésta, al contrario de aque-

(1) Véase *Res. de la teor. abs.*, n. 4.—*Id. de la teor. de la intimid.*, n. 1, 4, 5, 12, etc.; *id. de la t. de la coacion psíq.*, n. 4 y 7.
(2) Véase *Res. de la t. abs.*, n. 3.

lla, tiene exclusivamente por punibles las infracciones jurídicas. Pues Feuerbach, que, en conformidad con el sano sentido comun, niega haya delito alguno que no consista en una injusticia, se esfuerza por mostrar cómo realmente todo acto punible contiene una violacion del Derecho, aunque entendiendo éste en el concepto limitadísimo de Kant, al cual quiere permanecer adherido. Bauer, por el contrario, con los más, reconoce lo infructuoso de ese intento, pero no su razon, ya indicada; y en lugar de aspirar á corregirlo mediante un concepto más ámplio y comprensivo del Derecho, recurre al mal expediente de dejar que la ley establezca como delitos acciones que reputa justas.

§ 17.

TEORÍA DE LA PREVENCION.

Esta teoría quiere asegurar al Estado, mediante la aplicacion de la pena, contra los delitos ulteriores del mismo delincuente: prevenir en suma tan sólo éstos (prevencion *especial)*. Grolman (1) dice: el Estado jurídico exige constantemente la justa determinacion de la voluntad de los ciudadanos, sin considerar si sus motivos son ó no morales. No sólo los actos que violan el Derecho contradicen á la idea de éste, amenazan al órden del Derecho y dan lugar á la coaccion jurídica; sino aun la mera falta de voluntad recta y sana inclinacion, de donde proceden aquellas acciones en que puede reconocerse tal vicio. De aquí que no es lícito reducir la coaccion jurídica al restablecimiento del Derecho infringido y á la

---

(1) Comp. en especial su obra *Sobre la fundamentacion del Derecho y la legislacion penales (Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, 1799), su *Repertorio (Magazin* etc.), I, entregas 2 y 3, y el breve resúmen de sus *Principios de la Ciencia jurídico-penal (Grundzätze des Kriminalrechtswissenschaft)*. Aquí, como en todo, nos limitamos á considerar las exposiciones de los principales representantes de la escuela en cuestion, pues no pretendemos hacer una historia de las teorías penales con la indispensable noticia de todos los trabajos sobre la materia.

compensacion; sino que ha de aspirarse además á lograr seguridad contra el peligro con que el delincuente amenaza á aquel para lo futuro. La coaccion, pues, ha de ser juntamente preventiva en el ámplio sentido; apareciendo como defensiva cuando el riesgo se acerca y engendra una verdadera necesidad, y propiamente preventiva, cuando se halla aún lejano.

Ahora bien, esta última coaccion debe consistir, ya en la intimidacion del delincuente para lo venidero y mediante un mal sensible, ya (en caso de que pueda preveerse lo irrealizable de esta intimidacion) en "penas absolutas de seguridad", merced á las cuales se haga imposible exteriormente (físicamente) la repeticion del delito. Todo hecho que infringe el Derecho muestra lo perjudicial de la voluntad y contiene por tanto una amenaza que autoriza la coaccion de garantía. Es delito la manifestacion de toda disposicion de la voluntad que exige justamente una pena. La idea, fundada en el sentimiento de la justicia, de la coaccion jurídica, como consecuencia necesaria de la infraccion del Derecho, ó en otras palabras la conciencia de la existencia del Derecho penal como emanacion de la ley jurídica, influye atemorizando préviamente, aun sin la amenaza positiva legal, y el castigo efectivo fortifica todavia esta impresion.

§ 18.

EXÁMEN DE LA TEORÍA DE LA PREVENCION.

Mientras más se nota que la teoría de la prevencion, en la forma que recibió de Grolman, es la más ingeniosa y contiene presentimientos superiores á cuantas han producido en Alemania los estudios de este género á principios de nuestro siglo; y mientras más difícil de comprender es, por consiguiente, cómo la mayoría de sus contemporáneos, en la viva contienda entre él y Feuerbach, tomasen partido por éste, tanto más necesario se hace examinarla con detenimiento, sobre todo en comparacion con la de la coaccion psíquica. Siempre resultará que abre camino cual ninguna otra á la única concepcion exacta del Derecho penal, no quedándose rezagada sino por algunos errores é inconsecuencias, cuyo orígen se halla notoriamente en el poderoso influjo, ya de las ideas de Feuerbach, ya de las tradicionales y reinantes, á las cuales no podia sustraerse del todo Grolman, aunque, guiado por el presenti-

miento de la verdad, á lo ménos no cayó enteramente en ellas.

Las más de las objeciones comunes contra la doctrina de la prevencion, especialmente las de Feuerbach, carecen de fundamento. Todas las teorías relativas son en cierto modo teorías preventivas: ya que todas sin excepcion aspiran á lograr un fin que tienen presente, y que para ellas consiste en la conservacion del órden jurídico, asegurándolo contra sus perturbadores. Pero en particular el argumento de Feuerbach de que la prevencion de delitos *probables* y *futuros* no es pena alguna, le alçanza bastante más todavia á él, que en verdad tampoco castiga sino para evitar delitos futuros y que quiere cumplir la amenaza de la ley penal sólo en vista de este fin y por respecto á *todos* los ciudadanos, á los que considera capaces de delinquir: de otra suerte, careceria de sentido la ejecucion de la ley.

En Feuerbach, esta amenaza, es decir, una simple medida de prevencion *general,* atendiendo á la cual debe ejecutarse la pena, constituye precisamente el centro de gravedad de su teoría, que imagina inclinar hácia el Derecho, mediante el temor, las voluntades de todos, quizá sin esto injustas, impidiendo así los delincuentes y delitos *posibles*.

Grolman, por el contrario, evita esta grave falta. En lugar de calcular la pena, como Feuer-

bach, segun las inclinaciones criminales (puramente posibles, pero completamente indemostradas) de hombres desconocidos, no olvida que la pena existe inmediatamente para un determinado delito, cometido por un determinado hombre; y que—á diferencia de los términos medios legales de Feuerbach, abstractos y vacíos—sólo en la individualidad de este hecho y de su agente puede tomarse un punto de apoyo *enteramente seguro* para el exacto juicio de aquel tratamiento precisamente que es de absoluta necesidad aquí, como el único que conduce á asegurarse en un todo contra la voluntad injusta de aquel hombre, manifestada por su mismo hecho, y contra sus ulteriores manifestaciones (prevencion *especial),* mediante la reforma de la voluntad pervertida. Apenas se concibe cómo Feuerbach no notaba la extrema contradiccion en que caia, queriendo cohibir psíquicamente á todos y cada uno de los que *quizá* pudieran pensar en delinquir, hasta hacerles desistir de su idea, y oponiendo sin embargo á Grolman al propio tiempo la objecion de que la coaccion jurídica jamás puede fundarse sobre la mera *verosimilitud* de delitos futuros, deducida de la falta de sentido justo y recto.

Cuando él pregunta á Grolman si castigaria al criminal de quien se supiera ciertamente no reincidirá en su trasgresion, se le puede preguntar no ménos á él si querria tambien que se le casti-

gase cuando se tuviese la seguridad de que ningun ciudadano cometerá ya delitos, ó cuando la pena no sea suficiente para impedir estos. Si, obrando con consecuencia, contesta que no, en esta negativa se halla justamente la confesion de que tampoco para él se trata en la pena sino de prevenir los delitos futuros. Grolman, para ser lógico por su parte, deberia en verdad castigar al delincuente, cuando éste no puede repetir el delito por causas meramente *exteriores,* independientes de su voluntad (v. gr., por impotencia); pero no en el caso contrario: ya que, segun la teoría de la prevencion, la necesidad de la pena tiene su base sólo *en el peligro* que nace de la injusta disposicion de la voluntad, y puede únicamente desaparecer con ese peligro por la reforma de ésta. Concíbese desde luego, con todo, que dicha reforma no ha de intentarse ya allí donde se ha logrado; si bien jamás es lícito suponerla alcanzada con plena seguridad, antes que se haya hecho todo lo posible para ello (por medio de la pena).

Feuerbach niega á la teoría preventiva todo carácter jurídico, especialmente porque la voluntad—dice—sólo es asunto de la Moral, y el Derecho no tiene que ver sino con los actos exteriores.

Pero la nulidad de esta distincion entre la Ciencia moral y la jurídica ya se ha mostrado (1)

(1) Véase *Ex. de la t. abs.*, págs. 63 y 64.

al examinar la retribucion material, por el contrasentido á que semejante determinacion conduce, lógicamente desenvuelta. Pues si el mero *daño exterior*, que y en cuanto nace de la voluntad injusta, debiera valer como trasgresion del Derecho y su órden y justificar la coaccion jurídica, de ningun modo se extenderia ésta más allá de su fundamento, teniendo que reducirse á la pura compensacion exterior tambien de dicho daño. Pero aun el mismo Feuerbach, á pesar de su inclinacion á sobrestimar (como Stübel) las señales meramente externas para establecer la naturaleza de los delitos, no llega, con todo, hasta una concepcion tan enteramente sensible y tangible de la infraccion jurídica, ni á considerar con violenta abstraccion—así en el hecho del delito como en la medida de la pena—lo exterior *solamente* y de ningun modo lo interno (el fundamento subjetivo del hecho): faltándole aquel extremado rigor y consecuencia que haria imposible toda libre accion y movimiento en la aplicacion judicial, y por tanto, toda indeterminacion en la ley, toda gracia, etc. Antes bien, se ve obligado á reconocer que puede concebirse delito sin el menor daño externo, y por consiguiente que la manifestacion de la voluntad injusta (la cual en cierto modo viene á ser el daño interior, hecho exteriormente visible) basta para la pena. Pero precisamente por esta necesidad con que se ve forzado,

tan luego como se trata de una manifestacion externa contraria al Derecho, á atender á lo interno (lo subjetivo), se contradice á sí propio, debiendo conceder en rigor que la pena se refiere puramente á este elemento interno, y sólo por él puede regirse y calcularse; y que lo exterior (lo objetivo) del hecho, no ha de estimarse, segun quiere Grolman, sino como señal para medir lo perjudicial de la voluntad del agente (del sujeto); no en parte, ni *á la par* con otra medida especial objetiva, que es lo que Feuerbach pretende.

Ahora bien, si es cierto que el daño interior ya efectivo es lo que puede y debe repararse (mediante la limitacion exterior de la libertad), y que por tanto ningun sentido tendria la pena que combatiese malas inclinaciones que no existiesen, lo es que de ningun modo pueden ser indiferentes para el Derecho ni la pena la *diversidad* de los *móviles* á que obedece la conducta injusta (1). Ni en verdad lo son tampoco (á pesar de la apariencia y del contrario prejuicio reinante en este punto) aun los mismos motivos de la conducta recta: pues no cabe considerar asegurado *por completo* el órden exterior jurídico, sino cuando cada cual honra al Derecho, porque es Derecho, no meramente porque desconfia de que

(1) Más detalladamente se explica esto, al indagar la relacion del Derecho con la moralidad, en nuestros *Principios de Der. nat.*, I, especialmente pág. 116, etc.

su delito quede impune (1), y sólo mientras le dura este recelo.

No está, pues,—como cree Grolman—la distincion entre la Ciencia del Derecho y la Moral, en que ésta siempre y aquella nunca exijan impulsos morales (más bien, *completamente* justos) para las acciones externas: lo cual no es verdadero sino en cuanto el órden exterior del Derecho, el Estado y sus tribunales, tan luego como hallan exteriormente conformes á la ley dichas acciones, nada tienen ya que ver con sus motivos. Mas cesa esta abstencion al punto que se comete una injusticia ó delito: toda vez que, sin considerar los móviles del agente, fuera imposible determinar con exactitud, tanto el género de la injusticia, como la necesaria reaccion que contra ella ha de producir la correspondiente pena.

Mediante la suposicion insostenible (2) de que

(1) J. T. Fichte, al cual se ajusta estrictamente Grolman, ya habia considerado en verdad que es inconcebible el imperio de la ley jurídica, mientras los indivíduos no subordinan su voluntad á ella. A pesar de lo cual, no exigia para su órden de Derecho semejante disposicion de la voluntad, porque, segun él, este órden debe ser meramente exterior y tan independiente de la moralidad, como su Ciencia jurídica lo es de su Moral. La mera coaccion del Estado debe, pues, servir para determinar la voluntad conforme al Derecho.

(2) V. nuestros *Princ. de D. n.*, t. I, en especial, página 116, etc., donde se explica más detenidamente este punto al indagar la relacion entre el Derecho y la moralidad.

los móviles de la voluntad son indiferentes en general para el órden del Derecho, y de que por tanto el alma de toda verdadera vida jurídica, la intencion propiamente justa (la *constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi),* en la que veian los romanos la *justitia,* es completamente supérflua para aquel, se dejó llevar Grolman á muchos y funestos errores. En efecto, aunque con tanta exactitud (al contrario que Feuerbach) reconoció en la voluntad misma dispuesta para la injusticia y exteriormente manifestada, lo propiamente punible, llamando sólo pena á aquel acto que encierra una reaccion adecuada contra dicha voluntad, no concibe, sin embargo (al igual de Feuerbach), por lo ménos principalmente esta voluntad sino como una inclinacion sensible al delito; ni la pena, sino como un contrapeso á esta inclinacion, procurado por los *males sensibles* y el temor á estos, ó sea mediante una coaccion psíquica en el sentido de la teoría así llamada; en vez de entender por tal todo medio útil para combatir todos los móviles de la voluntad injusta. Reputa además suficiente en la pena, propiamente dicha, la aspiracion á producir aquella voluntad que conduzca á un modo de obrar exteriormente recto *(legal),* no entera y totalmente *(justo).* Cierto es que considera que la llamada pena capital (el «sacrificio del delincuente») y la de prision perpétua, ninguna de las cuales se refiere

bajo respecto alguno á la voluntad del criminal, ni impide la repeticion del delito sino de un modo puramente *externo,* y no mediante el influjo en esa misma voluntad, son incapaces de constituir *verdaderas* penas; pero desestimando esta reflexion con la mayor inconsecuencia, admite aquellos medios de precaucion meramente exterior bajo el nombre de «penas absolutas de seguridad», si bien deja conocer su profunda aversion á la de muerte.

Con razon mira la teoría de la prevencion á toda verdadera pena como medio para un fin que inmediatamente ha de lograrse en el penado mismo; ó en otros términos, quiere que se castigue al delincuente *en vista de él,* y para cumplirle *su* derecho en esta relacion: pues la injusticia, cuya consecuencia jurídica es ese castigo, sólo en *su* voluntad tiene raíz y asiento; sin considerar á la pena ni al criminal como instrumentos de fines ajenos, sino aplicando medios tales, que puedan ser á propósito para satisfacer la mision de aquella *en éste,* teniendo en cuenta su individualidad: es decir, para traerle á tal situacion, que por su propio impulso se abstenga de ulteriores delitos. Retrocediendo así á la fuente de donde el primero de estos procediera, á la voluntad injusta, y aspirando á remediar todo lo que sea posible, á reparar y mejorar aquello donde el mal tiene su asiento, hace lo que le toca para prevenir por su parte la reincidencia, inminente de otra suerte.

Por tanto, para Grolman toda pena es sin duda medio tambien de seguridad; pero no todo medio de seguridad es pena, sino exclusivamente el capaz de acabar con aquella verosimilitud de futuros delitos, que nace del ya cometido, ó á lo ménos intentado.

Hallando, pues, esta teoría el fundamento jurídico de la pena en la voluntad peligrosa, se ha objetado erradamente contra ella que, para ser consecuente, deberia castigar la *mera intencion injusta,* como quiera que se haya hecho visible; pero, aunque es cierto que ya esta intencion contradice á la ley, no lo es ménos que la reaccion exterior contra ella por parte de la sociedad jurídica no procede hasta que la trasgresion *efectiva* del órden externo del Derecho quita todo género de duda sobre la *realidad* del riesgo que corre dicho órden externo. Verdad es que se ha afirmado que tampoco semejante trasgresion es de modo alguno prueba *irrecusable* de este riesgo y que, por tanto, la objecion de que esta doctrina quiere castigar la mera sospecha no se desvanece por completo: pues cabe pensar que la voluntad sólo haya sido injusta *antes* y *al tiempo* de la comision del delito, y no ya *despues;* pudiendo cambiar súbitamente al punto de ejecutado, y sin necesidad de accion alguna desde lo exterior: v. gr., en virtud del miedo, ó de un sincero dolor por las tristes consecuencias de la violencia ó

la impremeditacion (como por haber dado muerte á alguno en un arrebato de ira, ó por un descuido en la caza), ó á causa de una mudanza favorable en las circunstancias del delincuente: por ejemplo, una rica herencia. Sin duda, siempre resulta incontrovertible que *el hecho,* por sí mismo, prueba sólo la injusticia de la voluntad al tiempo de su ejecucion; mas no excluye la *posibilidad* de su modificacion posterior. Pero toda conducta racional humana debe calcularse segun las *probabilidades,* no por la mera *posibilidad* remota: merced á lo cual, es innegable que, á aquel que afirma un cambio de sentido tan extraordinaria é inverosímilmente súbito, es á quien toca probarlo: debiendo *hasta entonces presumirse jurídicamente* lo contrario (la duracion del mal estado de la voluntad, cuya existencia reveló el delito y determinarse en consonancia la manera de proceder con él como delincuente: pues toda fuerza sigue obrando por su naturaleza *(vis inertiae),* mientras no la destruye otra fuerza contraria. En tanto que exista una sombra siquiera de duda respecto de su completa curacion moral, la sociedad jurídica es responsable para con él y para consigo misma, y nada debe excusar de cuanto pueda favorecer su curacion y protegerlo á él y á todos contra una recaida.

Si, segun la teoría de Grolman, sólo es pena aquel medio con el cual se aspira á esta seguridad,

merced á la reforma de la voluntad del delincuente, ninguna de las que él con inconsecuencia mantiene bajo ese nombre de «penas absolutas de seguridad», á saber, la muerte y la prision perpétua, puede entonces valer en concepto de verdadera pena: aparte de que dichos medios puramente externos de garantía desestiman por completo la individualidad del hecho y del agente, midiéndolo todo por un rasero—á no ser que, retrocediendo á la barbárie antigua, se quiera conservar ciertas diferencias, agravándolos á veces con otros tormentos;—con lo cual, en el fondo se rebaja al delincuente en el primer caso, y aun hasta cierto punto en el segundo, á la condicion de simple instrumento de una tentativa de intimidacion calculada en vista de los demás. Sólo allí donde, por el contrario, un medio exterior tiene carácter puramente *condicional*, aplicándose *mientras* no se ha logrado el mencionado fin de la seguridad interna, y aun entonces *con tal de que* no excluya ni dificulte siquiera su consecucion en lo por venir, puede en general ser lícito y necesario *interinamente,* como v. gr., respecto de losl ocos.

Ahora bien, en lugar de oponer á esta manera *externa* y provisional de evitar la reincidencia, la *interna*, que estriba en la completa y radical extirpacion de las malas inclinaciones, cayó Grolman tambien, segun ya se ha dicho, en el error de sustituir este fin, único verdadero, por el fin

parcial de producir la mera intimidacion, como supuesto medio exclusivo de traer la voluntad á conformidad con el Derecho. Salió así del camino recto en que habia entrado al señalar en la voluntad injusta la fuente del delito y lo propiamente punible, á distincion de Feuerbach; viniendo casi á entender en realidad—tan erróneamente como éste—por voluntad justa, la pura sensibilidad inclinada ó inclinable á la *omision* de los delitos, ó en otros términos, susceptible de ser determinada por la coaccion psíquica.

Pero ya se mostró, al examinar la opinion de Feuerbach (1), que semejantes medios mecánicos de intimidacion, en los cuales para nada se atiende á aprovechar y estimular en el hombre lo humano (medios que de igual suerte pueden aplicarse á los animales y aún en estos con éxito bastante inseguro), son por lo mismo tan frustráneos como las miopes tentativas del médico que, en lugar de curar radicalmente y *en su causa* la enfermedad que se manifiesta en una erupcion, á fin de que cesen de este modo tambien los síntomas exteriores, se limita á combatir la erupcion en sí misma, por medio de los llamados *paliativos,* hasta que al cabo el mal interno, hondamente arraigado y agravado, reaparece con mayor violencia en tal ó cual forma.

(1) Véase especialmente los *Result. de su teoría,* número 8.

Aunque en este respecto cometió Grolman el mismo error que Feuerbach, no nace lógicamente su falta en manera alguna de su manera, incomparablemente superior, de concebir la naturaleza del delito. En realidad, él quiere medir la punibilidad, no por lo perjudicial de este, mas sólo por la injusticia y torcimiento de la voluntad que en él se muestra. Y aun este torcimiento, es decir, el «interés» del hecho, no lo entiende tampoco (aunque su modo de expresarse lo haga creer así al principio) como un mero «interés sensible», y que debe medirse de consiguiente por la fuerza de los impulsos sensibles tambien; antes sienta la base de que mientras más fuertes é imposibles de desconocer son los deberes jurídicos infringidos por el delito, mientras más claramente conocidos sean y no obstante más decisiva y duraderamente contravenidos, tanto más punible es el acto. Segun lo cual, podria y aun deberia *en todo rigor* castigar más levemente los delitos cometidos por pasion, embriaguez, debilidad de inteligencia, imprudencia, ó en circunstancias tentadoras (Feuerbach sólo á *expensas de la consecuencia* lo hace), y exigir la misma pena para la voluntad anti-jurídica completamente manifestada en el *perfectum delictum* (lo que hoy se llama *tentativa perfecta* ó delito *frustrado),* que para el *consummatum delictum,* como suele denominarse el que llega á lograr su intento.

La teoría de la prevencion tiene en su favor tambien que, aun apelando al temor, sólo pretende influir sobre el criminal, al cual no procura apartar meramente de un *único* y exclusivo delito; que no presume que sus medios sean de infalible resultado y calculables de antemano y en general; que no confunde la ley penal con la pena; que no hace depender de aquella la razon y fin jurídicos de ésta; que reconoce por tan injusto como inútil, aun para advertir á todos, el señalar préviamente en la ley su medida concreta (lo que, desde Feuerbach, se ha venido considerando como única salvacion contra el terrible fantasma del arbitrio judicial); por último, que hallando fundados en la conciencia jurídica el delito y la penalidad, antes de toda ley, no reputa necesaria ésta, sino allí donde esa voz íntima no habla con tanta claridad que haga imposible el que dejemos de prestarle atencion.

§ 19.

RESULTADOS DE LA TEORÍA DE LA PREVENCION.

De todo lo anterior, parece resultar fuera de duda lo siguiente:

1. Lo punible, la culpa, jamás puede ser sino interior (subjetivo); y lo exterior, por el contrario, sólo tiene importancia en cuanto indica la existencia y medida de lo interno. Mas por interno, palabra que denota la fuente de donde procede la infraccion jurídica, de ningun modo debe entenderse la mera disposicion de la sensibilidad al delito (como acontece en la teoría de la coaccion psíquica (1) y, en cierta medida, aun en la de la prevencion); sino exclusivamente la *disposicion de la voluntad* á aquel, ora por móviles sensibles, ora por móviles no-sensibles. De consiguiente, esta voluntad, segun el diverso carácter de sus impulsos, no puramente segun las tendencias de la sensibilidad, es lo que debe removerse y mejorarse por medio de la pena.

2. Si no hay más que *una* voluntad en el hombre, y si la expresion «voluntad injusta» sólo

(1) Véanse sus *Res.*, núm. 5.

añade á la de «mala voluntad» en general lo que resulta de la *especial* direccion de ésta á la violacion de un derecho (de una condicion exterior y dependiente de la libre voluntad para la vida y convivencia racionales), la supuesta oposicion entre la responsabilidad é imputacion jurídica y la moral se resuelve en la mera diversidad del punto de vista, para considerar una misma cosa, á saber: ó bajo el respecto predominante del órden exterior de la vida y de la posibilidad de obrar en él, ó atendiendo puramente á lo interno y abstraccion hecha de lo demás.

Nada más cierto que el que una intencion inmoral, aun dirigida contra el Derecho, pueda existir antes de ser conocida *exteriormente*; así como que no cabe tratar en ningun concepto de injusticia y delito sin esa intencion, de la cual éste procede. De aquí que en la pena, por tanto, sea menester retroceder igualmente hasta la intencion, si no por esta misma, á lo ménos en cuanto sirve de criterio de las condiciones todas, positivas y negativas, para reparar la injusticia que en ella tiene su fuente. Pero desde luego se concibe que al juez externo sólo toca conocer de esto cuando la mala voluntad haya salido de la esfera inviolable de la conciencia, mostrándose especialmente dirigida á infringir el Derecho (1). Sin razon, pues, se ha

(1) Comp. *Res. de la t. abs.*, núm 13, y *Ex. de la t. de la prev.*, pág 151, etc.

objetado á la teoría de la prevencion que en rigor deberia castigar *hasta* los malos pensamientos, ó á lo ménos toda tentativa *al igual* de su completa manifestacion. Pues si bien á los ojos de Aquel que todo lo sabe puede aparecer como un consumado delincuente quien poco ó nada ha hecho para dar á conocer su voluntad dañosa, jamás, sin embargo, es lícito á sus conciudadanos reputarle peor ó mejor de como él se haya mostrado en sus obras, á las cuales únicamente ha de atenerse tambien el juez del Estado. Tal es el recto sentido de la máxima: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus;* aunque un error insano haya podido extraviar á ciertas legislaciones modernas hasta la inícua arbitrariedad de castigar toda tentativa (aun la más remota) de determinados delitos (de un *crime,* pero no—inconsecuentemente—de un *délit!* (1) al igual de su ejecucion.

3. Si la verdadera libertad de la voluntad (á distincion de la arbitrariedad) sólo la posee aquel que es completamente capaz de determinarse por sí conforme á la razon—moralmente mayor de edad,— se sigue que jamás puede buscarse en esa plena libertad de la voluntad el supuesto, la base para la imputabilidad y punibilidad; sino, precisamente por el contrario, en la existencia de la

(1) En nuestra terminologia, respectivamente delito *grave y ménos grave.—(N. T.)*

voluntad pervertida, que en el hecho de atentar á la justicia, muestra *indudablemente que carece de completa libertad* (1); segun lo cual, debe poner la pena su fin en la extincion de esa voluntad incompatible con el órden jurídico, eligiendo en su vista los medios de que ha de valerse. En otros términos, aquí, lo propio que en toda justa tutela, la incapacidad realmente mostrada sirve de fundamento, y su remedio de fin, á la institucion.

4. Si ha de obrarse siempre allí donde la raíz del mal (de la perversion de la voluntad) se encuentra, el fin de la pena sólo puede alcanzarse *en el criminal mismo*, conformándose ésta á *su individualidad;* pues en él se halla tambien la única razon de su imposicion (2).

5. Por esto, precisamente, es imposible determinar con exactitud *de antemano*, mediante una ley para todos los delitos futuros, los medios penales justos, correspondientes en cada caso al verdadero fin de la pena (3), para lo cual antes bien ha de atenderse con el mayor cuidado á todas las circunstancias del hecho especial ya cometido, y en general á cuanto puede dar á conocer el estado enteramente individual de su autor: por consiguiente, siempre *sólo despues* de su hecho. Esto,

(1) *Res. de la t. de la coacc. psíq.* números 8 y 9.
(2) Comp. *Res. de la t. abs.*, núm. 11; y de la *t. de la coacc. psíq.*, núm. 10.
(3) Comp. *Res. de la t. de la intimid.*, núm. 15, y números 3 y 4 de la *t. de la coaccion psíq.*

es verdad que hasta cierto punto puede hacerlo la sentencia del juez; pero es gravísimo error considerarla infalible, es decir, tan exactamente justa para todo el tiempo siguiente, que no necesite ya de una rectificacion posterior, á veces apremiante.

Segun esto, el problema de la legislacion penal, á pesar de la preocupacion reinante, alimentada por la teoría de Feuerbach y en nada destruida por la de la advertencia, no puede consistir á lo sumo sino: 1.°, en dar al juez reglas generales para su juicio; 2.°, en llamar además especialmente la atencion de los ciudadanos, sobre todo respecto de aquellos actos que quizá no tenian (á lo ménos con suficiente claridad) por contrarios al Derecho.

6. Si la razon de la pena se halla efectivamente en la manifestacion de la voluntad injusta, que hace temer tambien la reincidencia, es de todo punto imposible destruir ese fundamento y alcanzar así el fin jurídico de aquella institucion por las llamadas «penas de seguridad absoluta,» la muerte y la prision perpétua: ya que estos medios carecen de toda relacion con la voluntad, su estado y direccion, no impiden interna y moralmente la reincidencia, sino por un procedimiento mecánico y exterior, y aun estorban por completo, ó á lo ménos no favorecen, el cumplimiento del verdadero fin penal (1).

(1) Comp. *Res.* (números 1 y 2) *de la t. de la intimid.*

7. Si los medios puramente externos de la reaccion ó represion sensible, como ya se ha visto al examinar la teoría de la coaccion psíquica (1), no pueden determinar *directamente* la voluntad, es tan imposible producir con ellos, *en concepto de tales,* una semi-reforma meramente exterior (jurídico-política, segun suele decirse) de aquella facultad, como una correccion total (moral); y en este caso, aun la llamada coaccion psíquica, que aspira á aquella primera clase de enmienda, á favor de la intimidacion, ora por la ejecucion, ora por la amenaza de males sensibles, es una quimera y no puede constituir la esencia de la pena justa.

Todo medio coactivo, pues, sólo puede tener sentido moral y jurídico y ser compatible con el fin de la pena, en tanto que entraña condiciones exteriores de la aplicacion y eficacia de otros medios internos para promover la propia determinacion de la voluntad, ya hasta llegar á su verdadera reforma, ya siquiera á la de la mera conducta exterior: obrando así, á lo ménos mediatamente, sobre la disposicion y direccion de aquella. Y de este modo, no anulando la coaccion penal la *libertad moral,* sino protegiéndola desde fuera, á saber, con su disciplina ó educacion, contiene sin duda un *bien moral* para el delincuente mismo, á

(1) Núm. 8.

la vez que para la sociedad entera. En cuanto, mirando á este fin, restringe de una manera más ó ménos desagradable la *libertad exterior* del penado, suele *parecer* á éste *un mal,* exterior tambien, por la aspereza y desabrimiento que la acompaña y que es como el dejo amargo de la medicina del alma; mas los restantes ciudadanos, cuya libertad externa, lejos de limitar, aumenta, protegiéndola contra las perturbaciones extrañas, hallan en ella juntamente un *bien exterior* (1).

Esta proteccion meramente externa sólo puede tener fin racional y valor para el órden jurídico de la sociedad entera, en tanto que falta todavia ó es imposible la garantía interna (espiritual ó moral) del regreso á la justicia y por modo

(1) Más detenidamente se expone esto en nuestro *Comment. de quaest: an poena malum esse debeat*, 1839, (que hemos insertado tambien en aleman, con un apéndice, en nuestro trabajo sobre *La ejecucion de las penas* etc., 1863, ensayo 1); así como en el discurso del holandés A. E. Modderman, publicado bajo el título de *La pena no es ningun mal* en 1864, y extensamente examinado por nosotros en los *Anales* de Heidelberg (1865, número 2).—Las excelentes observaciones del jesuita italiano Taparelli, en el mismo sentido, las hemos indicado en nuestra Memoria sobre los trabajos modernos de los italianos en la Filosofía del Derecho (en la *Rev. crítica de la Ciencia jurídica y legislacion extranjeras*, publicadas por Mittermaier—*Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*— t. 25, p. 358, etc.)—Tambien en Portugal, España y Java ha hallado reconocimiento esta verdad, especialmente en L. M. Jordão, Vicente Romero Giron y A. van der Does de Bye (V. los *Anales* de Heid.; 1866, n. 32).

análogo á lo que acontece con los dementes; debiendo en todo caso durar mientras no haya grandes probabilidades contra la reincidencia, para lo cual de ninguna manera pueden bastar las primeras señales de arrepentimiento, que, si no son raras inmediatamente despues de cometido el hecho, ninguna reforma íntima y radical ofrecen aún, mas sólo un primer paso en el buen camino.

Tampoco cabe jamás justificar la aplicacion de medios de seguridad *puramente* exteriores sin relacion alguna con el interior del delincuente, y que hasta excluyen quizá toda posibilidad de su reforma, ni ménos pretender para esos medios el nombre de penas justas; á no ser que pueda producirse la prueba quimérica é ilusoria de que el criminal es incorregible en absoluto, y que por tanto habria de frustrarse toda accion encaminada á alcanzar una garantía interna contra la recaida, esto es, toda verdadera pena.

8. Si se pudiese demostrar que el Estado no tiene derecho alguno para influir sobre la voluntad del delincuente, hasta donde—segun lo visto—es posible y saludable, porque sólo le incumbe lo exterior, como Kant y su escuela (1) pretenden, resultaria precisamente con esto negada la idea del delito (2), equiparado entonces á cualquier otro acontecimiento perceptible por los

(1) V. *Ex. de la t. de la prev.*
(2) V. *Ex. de la t. absol.* y sus *Result.*, n. 8.

sentidos, aun enteramente involuntario; sin atender á que el delito dice *accion*, hecho *causado por la libre voluntad* de un hombre, cuya inocencia ó culpabilidad sólo es posible en concepto de tal *causa* y segun la buena ó mala voluntad que su hecho muestra. Con esta destruccion de la culpabilidad en *general*, vendria necesariamente, como desde luego se comprende, la de la *magnitud* de la culpa, y con ambas, pues, la del delito, y con la del delito la correspondiente de la pena, ya que una pena que hiriese de igual modo al inocente y al culpable ningun sentido tendria.

9. Sorprende, en verdad, la extrema falta de consecuencia en el pensamiento de aquellos que, señalando á la pena un fin determinado, segun en las más de las teorías relativas acontece, por ejemplo, la intimidacion, ora de todos, ora solamente del culpable (como quiere la teoría de la prevencion), para nada, sin embargo, se cuidan de averiguar si, merced á los medios penales (v. gr., la prision), *se ha conseguido efectivamente* dicho fin, en cuyo caso no tendria ya objeto ni sentido alguno continuar aplicándolos con aquel propósito; ni de si, ante todo, esos medios *pueden* servir para lo que se pretende, ó si por el contrario, muy lejos de promover la reforma interior, ó exterior siquiera del culpable, sirven notoriamente para empeorarlo y aun á la larga matarlo, por la privacion ó insuficiencia

del alimento, etc. Ni es menor su inconsecuencia cuando dejan ya de ocuparse del delincuente (v. gr., poniéndolo en libertad), sin atender más que al hecho de haber trascurrido el tiempo préviamente determinado en la sentencia, cuya justicia se reputa infalible: á pesar de que tan frecuentes motivos hay para adquirir la conviccion de que se sale de la prision, por ejemplo, mucho más corrompido y perjudicial que se entra.

Cómo un modo de castigar tan completamente irracional, y por entero inspirado en el fatalismo de la retribucion (1), pueda producir una sombra siquiera de provecho para el Estado mismo (como Estado de Derecho), y no digamos para el delincuente, es imposible concebirlo; por más que la teoría de la prevencion, que declara inasequible el fin penal, si no se atiende á cada criminal y se le castiga en vista de él mismo, haya contribuido mejor que otra alguna á hacer notar esos mismos males que censuramos, así como la necesidad de establecimientos penales más beneficiosos: en suma, á abrir camino á la pena correccional.

10. Toda doctrina que hace consistir en un mal sensible la esencia de la pena se deja llevar—como las teorías absolutas—de la ilusion de poder compensar un mal moral por otro exterior; ó supone erradamente—como las de la coaccion psí-

(1) Véase *Res. de la t. abs.* n. 17.

quica y la prevencion—que todos los delitos nacen de estímulos sensibles, los cuales sólo mediante el dolor, sensible tambien, de la pena pueden ser vencidos; ó parte, en fin—como las de la ejemplaridad y la advertencia—de que el temor no puede producirse sino por las penas que contienen un daño de aquella especie para el criminal. Debieran, pues, todas las llamadas teorías relativas, para permanecer fieles á su primer intento, desechar, por ejemplo, las penas de honor (infamantes), y aun cambiar la que proceda (1), en el caso de que, segun la opinion particular del delincuente, ó á lo ménos segun la opinion general, ningun mal cause á éste, sino hasta á veces un beneficio: toda vez que, de otra suerte, la perspectiva de la pena ordinariamente asignada á aquel delito, no podria de modo alguno apartarle de él, ni apartar á otros igualmente inclinados á cometerlo en virtud de los mismos móviles. Así, cuando se ejecuta un crímen sólo por disgusto de la vida, la pérdida de ésta vendria á cumplir la voluntad del agente. Que en tales casos, aun la teoría absoluta (2) ha de mudar la pena, es evidente tan luego como sus partidarios tienen por esencial que ésta aparezca como un mal, ora al delincuente mismo, ora á los otros (á la mayoría).

(1) Véase *Res. de la t. de la coac. psíq.* n. 11.
(2) Véase sus *Result.*, n. 15.

§ 20.

TEORÍA DE LA PROPIA CONSERVACION DEL ESTADO.

G. E. Schulze (1) intenta fundar esta teoría de la siguiente manera.

La benevolencia ó malevolencia de otro excita nuestro agrado ó desagrado, especialmente cuando se manifiesta en hechos, y en la medida siempre del bien ó mal contenido en estos y considerando el número y fuerza de las razones que debian determinarlo ó hacerlo omitir. De esta suerte, se dispone nuestro ánimo á corresponder con la gratitud ó con la *resistencia:* resistencia que tiene por objeto impedir el mal y destruir sus consecuencias, (procurando además la indemnizacion de los daños) ó, á lo ménos, asegurarse para el porvenir. Esta seguridad, muchas veces, cuando creemos tener motivos para suponer que ha de durar la malevolencia, se produce por la im-

(1) *Programa del desarrollo de los principios del Derecho civil y penal (Leitfaden der Entwickelung der Prinzipien des bürgerl. und peinl. Rechts*, 1813).

posicion de un mal igual ó análogo, que haga impresion para en adelante, ó aun por la muerte del agresor: ya que frecuentemente sólo de este modo se obtiene por completo. Todo mal causado á aquel por vía de seguridad, es retribucion, ποινη, *poena,* pena, y aparece como defensa necesaria, no teniendo lugar sino para destruir las ofensas ya consumadas ó impedir las inminentes. Este derecho de defensa para su propia conservacion, pertenece al Estado, como sér social, lo mismo que al indivíduo; pero en aquel aparece especialmente determinado por su peculiar carácter: pues, de una parte, el indivíduo tiene más deberes para con el Estado que para con los demás indivíduos, pudiendo ofenderle de consiguiente de más maneras: mientras que, por otra, el Estado posee tambien muchos más medios de seguridad que todo indivíduo.

La *imputacion* es el juicio de que alguien es causa *libre* de un hecho: refiérese, pues, necesariamente á la libertad de la resolucion que ha engendrado la ofensa cometida y que nació á su vez de falta de vigor en las ideas morales del agente. El *grado* de esta imputacion (la magnitud de la culpa ó del mérito) se determina segun el menor ó mayor número y fuerza de los impedimentos sensibles de la libertad. En las ofensas que tienen su raíz *puramente* en la inadvertencia del indivíduo con respecto á las consecuencias de un

hecho producido sin mala voluntad, su capacidad para prever el resultado, el número é importancia de las razones que exigian la atencion de que ha prescindido y la razon de esa misma inadvertencia, dan la medida de la culpa.

Es *punible*, no todo lo contrario al deber, como tal, sino exclusivamente aquello que impide ó dificulta el cumplimiento del fin del Estado, que por esto, para defenderse, lo marca con un mal (pena), á fin de extirpar por este medio la actividad que en la ofensa se manifiesta, hacer abortar el mal designio y precaverse contra su repeticion en lo futuro. La necesidad del mal á que se apela para esa defensa determina la *medida* de la pena; es necesario el mal proporcionado á la punibilidad; y la magnitud de esta resulta de dos factores: la de la culpa y la del daño interior y exterior causado.

§ 21.

EXÁMEN DE LA TEORÍA DE LA PROPIA CONSERVACION DEL ESTADO.

Sin duda que la pena es un medio jurídico contra la injusticia (contra un estado, ó de injusticia efectiva, ó que pone en inminente peligro al Derecho), tal que, á consecuencia de ésta y para su completa destruccion, se hace indispensable y puede, *en este concepto,* llamarse «medio de necesidad.» Pero si, en su aplicacion, ni el Estado ni el criminal deben colocarse enteramente fuera del Derecho; si no es, pues, más lícito en la penalidad que en cualquiera otra esfera, caer en la manifiesta contradiccion que envuelve todo falso derecho de injusticia, so color de necesidad (1), sacrificar el Derecho á pretexto de conservarlo, viniendo á consagrar la supremacía del más fuerte, de ningun modo puede justificarse el empleo de *cualquier* medio en el supuesto caso apremian-

(1) *Nothrecht*, en aleman; *jus necessitatis*, derecho de necesidad.—*(N. del T.)*

te, sino de aquel á lo sumo que es en sí verdaderamente recto y adecuado para atender á dicha urgencia, *con tal de que* esta exista efectivamente.

De aquí que siempre se requieran principio y fin jurídicos para determinar lo que es en cada caso necesario, y su género y medida: determinacion imposible de lograr sin más que remitirse al hecho de ese llamado estado de necesidad urgente, ó mejor, de injusticia. Es manifiesto que ni el excesivo amor de sí mismo con que el Estado reputa su más alto fin, su propia existencia y bienestar *(salus publica)*, en oposicion al bien y aun á la existencia de sus miembros, no estimándolo caro jamás á ningun precio; como tampoco el supuesto derecho del más fuerte, pueden dar la razon ni la medida justa de la pena, que antes bien, en lugar de acto jurídico, vendria á ser de esta suerte, una mera, irracional é injusta manifestacion (reaccion) del egoismo.

Con razon, ciertamente, reconoce la teoría de Schulze que la pena implica una accion racional del Estado, como unidad orgánica, para el fin, racional tambien, de todos sus miembros; pero pone este fin, con indefinida vaguedad, sumamente peligrosa, en su propia conservacion y bienestar, no en la realizacion del Derecho; siendo así que el Estado vale en cuanto promueve esta realizacion, no pura y nudamente como tal, como algo de por sí y sólo para sí subsistente. Tampoco dice esta

teoría con precision qué es lo que, segun ese último é indeterminado fin, deba en cada caso ser la pena en calidad de medio, esto es, en *qué* ha de consistir su fin *inmediato,* en *quién* ha de obrar y *cómo,* aunque únicamente de esto depende todo; antes, reune en la oscura denominacion de *resistencia* las cosas más heterogéneas, á título de «medios penales.»—Pues si su pena procura en primer término influir meramente en la voluntad del ofensor, de suerte que, por este influjo sobre el miembro discorde, se restaure la armonía del organismo social entero, coincide en dicho respecto con la teoría de la prevencion, á la cual no obstante aventaja en concebir como razon de la imputacion la mala é injusta voluntad efectiva (1) (bajo cuyo nombre no entiende la mera inclinacion sensible hácia el delito) y en rechazar por tanto como fin su reforma y regreso al Derecho puramente de una manera casi mecánica y merced á la coaccion psíquica del miedo. Al contrario, declara imposible semejante coaccion, aunque quiere que el mal de la pena dé al criminal *un aviso* (un *nota bene*), para que se acuerde en adelante y alcance de este modo seguridad el Estado: aviso, pues, que necesariamente debe producir un cambio expontáneo en la voluntad no cohibida.

Pero es evidente que sólo es asequible este in-

(1) V. *Res. de la t. de la prev.*, núm. 2.

tento, cuando se influye para determinar un vivo arrepentimiento y enmienda, que, sin embargo, no constituye para Schulze el fin capital de la pena. Y en todo caso, cae en manifiesta contradiccion con ese mismo intento, dejando subsistir tambien como penas, con no menor inconsecuencia que Grolman, aquellos medios de seguridad que de una manera puramente *exterior* hacen imposible la repeticion del delito, v. gr., la muerte y la prision perpétua. Ni aun procede lógicamente al hacer depender de alguna culpa (responsabilidad) la aplicacion de la pena, en cuyo lugar no pone, como Feuerbach, la mera susceptibilidad de intimidacion, y negarse sin embargo á atender para el género y grado (medida) de la pena sólo á la magnitud de esa culpa (al grado de responsabilidad) y á considerar por tanto el resultado externo, segun la justa exigencia de la teoría de la prevencion, como simple señal para conocer lo interior (la culpa), que es en lo que debiera ver exclusivamente lo que ha de penar el Estado. Antes pretende Schulze, con los más de los criminalistas, tomar en cuenta para calcular la pena, juntamente con lo interior, lo exterior (objetivo) *puramente como tal*, y aun aplicar por pena, al modo de los partidarios de la retribucion material, un mal tambien exterior, igual ó semejante.

Por lo demás, contiene esta teoría, respecto á la determinacion del grado de la culpa, conside-

raciones más acertadas que casi todas las restantes; no se extravía como Grolman, y antes Feuerbach, hasta llegar á presumir el mal propósito; y, á ser consecuente, con dificultad castigaria, aunque así lo pretenda, ya que no los delitos nacidos de extrema necesidad, al ménos los que proceden de nobles impulsos, así como la tentativa, y en todos estos casos más levemente. Aspirando además á destruir las consecuencias del delito, viene á dar en la teoría de la reparacion, á ménos que se entienda ésta como la simple indemnizacion material que, segun imagina Schulze, debe ya excluir por sí sóla á la pena. En general, al punto que apela, no á la pura arbitrariedad, sino á un principio concreto, en la eleccion de los medios adecuados para su equívoco fin del *salus populi*, tan peligrosamente vago é indefinido, no puede ménos de convertirse necesariamente en alguna de las otras teorías más precisas.

§ 22.

RESULTADOS DE LA TEORÍA DE LA PROPIA CONSERVACION DEL ESTADO.

1. Mérito capital de esta teoría es su intento de restablecer el verdadero fundamento de toda imputabilidad, enteramente olvidado por Feuerbach y no comprendido tampoco en toda su luz por Grolman, mostrando que la responsabilidad ante el Derecho y el Estado es únicamente una aplicacion á los deberes jurídicos de la responsabilidad general por infraccion de deberes, en cuanto el Estado ha de protejer el cumplimiento de aquellos: en lo cual es en lo que se distinguen ambas clases de responsabilidad, no en su esencia y principio (1).

2. Sólo respecto del grado y medida de ésta, (ó en otros términos, de la proporcion de la pena) desconoce, la teoría que examinamos, el gérmen de verdad que hay en el fondo de la idea de Feuerbach sobre la coaccion psíquica; pues, en general,

(1) Comp. *Res. de la t. de la prev.*, núm. 2.

se apoya en el recto presentimiento de que en el juicio de las acciones humanas y de la conducta en ellas exigible por parte de la sociedad jurídica, la libertad de nuestra voluntad no ha de reputarse completa y absoluta, sino como condicionada en su desarrollo y ejercicio por muchas influencias (1). Pero luego dá Schulze, no obstante y siguiendo el ejemplo de Feuerbach, una importancia excesiva para la medida de la pena á los obstáculos *sensibles* de la libertad moral y á los efectos *externos* de la accion delincuente, considerados *en sí mismos*.

3. Si jamás es lícito rebajar á un hombre á la condicion de *simple medio* para fines ajenos (v. gr., para asustar á los unos y dar así seguridad á los otros); si no todo *medio de precaucion* contra el criminal es pues justo, y sí sólo el compatible con su personalidad y "propia finalidad;" si segun esto toda restriccion y coercicion del delincuente no puede legitimarse sino en cuanto la requiere de un modo irremisible este su propio fin *al par* con el de los demás ciudadanos, resulta naturalmente de todo punto injusta tambien la llamada *pena de muerte* (2).

Aun aquel que, no habiendo llegado á sufi-

(1) V. la observacion 9.ª de la *t. de la coacc. psíq.* y la 7.ª á la *de la prev.*

(2) V. *Res. de la t. de la intim.*, núms. 1 y 2; así como los de la *t. de la prev.*, núm. 6.

ciente claridad en las ideas de justicia y Estado, afirma que es lícito y hasta indispensable sacrificar al derecho y seguridad de éste todo derecho del indivíduo, incluso su persona, concederá que dicho sacrificio sólo será lícito cuando de antemano se haya obtenido la prueba de que la conservacion del Estado lo hace *necesario, por no ser suficiente ya ningun otro* medio más suave (1), y de que existe, pues, verdadera incompatibilidad entre el fin del delincuente y el de los restantes hombres: por ejemplo, en virtud de la *imposibilidad* de que aquel se corrija, ó de la desconfianza que inspira la seguridad de las prisiones.

Ahora bien, el que afirma que tal ó cual hombre es incorregible, se hace responsable de una doble presuncion. Presume, en primer lugar, de infalibilidad en su juicio y toma la arena de esta suposicion por cimiento suficientemente sólido para

---

(1) Comp. *Res. de la t. de la prev.*, núm. 7 al fin.—Aun admitiendo que pudieran ocurrir semejantes casos de extrema necesidad (con lo cual estaria en su lugar el proverbio farisáico "más vale que muera un hombre que no que el pueblo entero se pierda"), dos cosas quedan fuera de toda duda: primera, que esas ocasiones rara vez ó nunca serán sino meros pretextos; segunda, que los medios de seguridad que se dice exigidos por la necesidad, jamás pueden llevar el nombre de penas, y difícilmente serán otra cosa que medios de injusticia para esa supuesta proteccion del Derecho, emanaciones de un Derecho contradictorio consigo mismo, que tiene por indispensable cometer injusticia bajo el nombre de "derecho de necesidad *(Nothrecht)*".

fundar sobre él el derecho de matar al delincuente; dá un mentís luego al Creador, por haber dado figura humana á un sér, que, segun aquella atrevida asercion, *nada* absolutamente tiene de humano, ni ha de llevar siquiera en sí un gérmen de bien, capaz de desarrollarse. Y el que afirma que ninguna prision ofrece bastante seguridad, debe aspirar consecuentemente (si se atreve á ello) á que todos los delincuentes sean llevados, no á la prision, sino al cadalso, desde el momento en que osa establecer como única, ó á lo ménos suprema ley del Estado, en vez de la realizacion del Derecho, la *seguridad absoluta* de la Sociedad.

4. Del exámen de esta teoría, resulta con la mayor evidencia que la cuestion de si la pena es un medio para el fin del Estado, y la de si es justa, coinciden ó se excluyen por completo, segun que aquel fin se pone ó no en la realizacion del Derecho, y segun, pues, que se reconoce á la institucion política, á su existencia y á su accion un valor puramente *condicional* (á saber, en cuanto realiza la justicia), ó por el contrario é independientemente de esto, se la considera, no como medio é institucion al servicio de los fines humanos de sus miembros, sino como propio fin en sí misma. En esta falta incurren todas las teorías de simple seguridad ó defensa, que quieren protejer al Estado á toda costa; siendo así que, una vez concebido como Estado de De-

recho, es evidente que sólo puede ser conservado y favorecido por medios justos, uno de los cuales es la pena, en la que tampoco es lícito olvidar que debe cumplirse á cada cual su derecho, ante todo porque es suyo, no por cualesquiera otras razones, v. gr., por egoismo, esperando de esta suerte reportar algun provecho para el que lo cumple, para otros ó para el todo social (1).

5. Precisamente la concepcion del Estado como un organismo, á la cual tanta importancia atribuye la teoría de Schulze, muestra con la mayor claridad cuán contradictorio es pretender lograr el fin del cuerpo vivo, su existencia y salud, por medios que perturben ó anulen la vida y el fin de sus miembros, auñque sean criminales. Únicamente en tanto, y no más, que ambos fines son por el momento incompatibles, es lícito provisionalmente cumplir sólo lo que al primero corresponde (2).

6. Es evidente que jamás cabe tratar de *verdadera necesidad*, ni por tanto de *defensa apremiante* de la Sociedad contra el agresor al órden jurídico, cuando este agresor se encuentra ya en poder del Estado, y á lo ménos, por el momento, reducido á inofensiva impotencia; segun lo cual, tampoco puede tomarse de aquí pretexto

(1) V. *Res. de la t. abs.*, n. 4.
(2) V. *Res. de la t. de la prev.*, n. 7.

plausible para tratar al delincuente de otro modo que como lo exige la ley del Derecho, y ménos como simple *objeto* de cualquier proceder arbitrario. Que, además, sólo de una manera forzada puede afirmarse que la mayoría de los delitos coloca al Estado en situacion de defensa urgente, ó sea en el llamado «caso de necesidad», cosa es que se comprende desde luego.

7. Explicando la pena esta teoría de la propia conservacion, como la reaccion irremisible del organismo del Estado sobre el miembro enfermo, indica que el verdadero remedio cuyo descubrimiento es el principal fin del juicio penal, no puede depender de la ley (aunque el juez, tomando á ésta por guia, ha de prescribir aquello que en cada caso particular le parece necesario), como no dependen de ella la existencia de la enfermedad, ni sus signos diagnósticos.

8. Que la individualidad del criminal debe ser tenida en cuenta para la aplicacion de la pena, segun ya vimos al examinar las teorías absoluta (1) y de la prevencion (2), se reconoce por esta doctrina,—á lo ménos para el caso de los delitos cometidos por imprudencia, aunque con notoria falta de lógica lo rechace respecto de la mala intencion.

(1) *Res.*, n. 12
(2) *Res.*, n. 4.

9. Las ideas de Schulze, que con tal insistencia proclaman la libertad de la voluntad humana, confirman que, á lo sumo, cabe influir en la reforma de la voluntad discorde, estó es, en el restablecimiento de la pura y recta intencion, en cuanto pueden procurarse desde fuera aquellas circunstancias que la facilitan y afirman (1).

10. En esta teoría, como en la llamada de la justicia, salta á la vista en particular cuán insubsistente es y cuán expuesta se halla á toda clase de torcimientos y falsas direcciones cualquier doctrina penal que se desentienda de explicarse con claridad y precision acerca de lo que *inmediata* y *principalmente* debe proponerse la pena.

---

(1) Comp. *Res. de la t. de la prev.*, núms. 2 y 7.

§ 23.

TEORÍA DE LA DEFENSA.

Martin (1) apellida á su supuesta teoría independiente—que se pretende no es más que una reforma de la de Schulze—teoría de la *defensa análoga del Estado como persona moral,* intentando fundarla de este modo. Todo delito pone en peligro la subsistencia del Estado, al infringir su primera condicion, á saber: el *respeto* á la ley; restableciendo el cual en *todos* los ciudadanos, mediante una pena *proporcionada* á la magnitud de aquel peligro, es como puede éste evitarse. La necesidad de la pena no aparece, pues, sino en virtud de la prévia ineficacia del medio más suave de la amenaza legal. Ambas—la amenaza y su cumplimiento—tienen el mismo fin.

---

(1) *Tratado de Derecho penal comun aleman (Lehrbuch des teutschen gemeinen Kriminalrechts)*, 1829.

§ 24.

EXÁMEN DE LA TEORÍA DE LA DEFENSA.

Mirada más de cerca, no es esta teoría, á pesar de su diferente aspecto, sino la misma de Feuerbach, disfrazada (1). Lo que éste llama "órden jurídico" recibe aquí el nombre de "respeto á la ley" y constituye, como aquel "órden," el fin de la prevencion de los delitos, en la cual sin embargo, precisamente al contrario, se pone á su vez el fin de la ley penal y de su cumplimiento. Y en cuanto este cumplimiento ha de restablecer en *todos* los ciudadanos el respeto hollado por la injusticia cometida, ó (como Feuerbach

(1) Lo propio exactamente puede decirse de la teoría de la "defensa psíquica del Estado contra sus miembros orgánicos," que Juan Jorge Augusto Wirth ha expuesto en su *Manual de la Ciencia del Derecho penal*, etc. (*Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1823); sólo que éste determina que la necesidad de la pena está condicionada y limitada por la obligacion del Estado de respetar en el delincuente el fin humano, y de no tratarlo por consiguiente sino como miembro *orgánico* suyo. En lo cual hay, sin duda, un progreso digno de tenerse en cuenta.

dice) ha de realizar la ley penal, afirmarla, aspiran ambas opiniones en el fondo á enmendar ese «daño inteligible» del delito, como ya lo indica algo más determinadamente la teoría de la reparacion, con la cual por tanto vienen á coincidir una y otra. Segun esto, ni la pena, ni la ley penal pueden ser jamás propiamente sino medios para la restauracion del órden del Derecho, perturbado por el criminal; ó más bien, para que la ley jurídica, influyendo sobre la voluntad de los ciudadanos, la incline á abstenerse en adelante de cometer delitos. A este fin inmediato debiera, pues, en rigor adaptarse la pena.

Ciertamente, Martin parece incurrir por completo en la misma falta que Feuerbach, queriendo castigar como él tan sólo por honor ó «respeto á la ley;» pero la verdad evidente de que la ley existe para la pena, y no al contrario, debiendo recibir su contenido—si ha de ser justo—únicamente del fundamento y fin jurídicos de ésta, ha traido á Martin por lo ménos á reconocer con Schulze que la pena es lo esencial y primero, y que la ley y su ejecucion sólo pueden tener un mismo fin principal.

Mas al poner este fin en la prevencion de las trasgresiones del órden legal, debió no haber olvidado, como Feuerbach y otros, que la pena, á distincion de la ley que amenaza con ella, jamás puede pretender impedir *todos* los delitos (pues

precisamente deja fuera el que ha de castigarse), sino los que tal vez ocurririan en lo venidero; que si además quiere prevenir en realidad los delitos futuros de *todos* los ciudadanos, incluso el mismo delincuente, por medio de la *impresion* que ha de causar en ellos, no le es lícito en manera alguna infligir á aquel la pena de muerte; por último, que el intento de hacer depender la aplicacion de la pena, como medio que cree más severo, de que la haya precedido el otro medio más suave de la intimidacion legal, supondria la posibilidad de hallar punto de comparacion entre una palabra y un hecho; ó sea, partiendo de la idea reinante de que la pena es por esencia mal, entre un mal meramente imaginado (el que anuncia la ley) y uno real y efectivo (la ejecucion de la pena).

§ 25.

RESULTADOS DE LA TEORÍA DE LA DEFENSA.

1. Martin, lo mismo que Schulze, ha conocido exactamente cuán imposible es negar un fin á la ejecucion de la pena (por más que Bauer haya buscado en esta negacion uno de los cimientos de su teoría de la advertencia, figurándose elevar por este camino la pena á puro acto de justicia), y cuán imposible, no ménos, es subordinar enteramente este fin al de la ley, siguiendo el ejemplo de Feuerbach.

2. Sin duda, el órden jurídico y relativamente el respeto á la ley que le sirve se fortifican tanto con la regular ejecucion de las penas *justas*, cuanto se debilitan con la impunidad frecuente.

3. Pero nada trae con seguridad para todo el órden jurídico más grave peligro de disolucion, que considerar al Estado y su conservacion como cosas independientes de la realizacion del Derecho, justificando cualquier medio (y por tanto el que se aplica al delito bajo el nombre de pena),

con sólo que parezca favorable á este supuesto "interés político," de la "defensa" ó la "seguridad del Estado" (1). Al punto que se establece como base este principio egoista, segun acontece con la equívoca y peligrosa figura de la "necesidad" ó aun de la "defensa análoga del Estado, como persona moral," en las teorías de Schulze y de Martin, se recae en la ejemplaridad, en lo capital é importante.

4. Debiendo determinarse, en sentir de Martin, la magnitud de la pena por la del peligro que corre el órden jurídico del Estado, ó como él dice, el respeto á la ley, ó bien hay que proceder á ciegas, tomando—al igual de los partidarios de la intimidacion—por real y actual el riesgo meramente *posible* que nace del estímulo del mal ejemplo, y elevándolo con la mayor arbitrariedad á criterio de la pena, ó bien—pues jamás puede darse preferencia al bien comun sobre la justicia—partir sólo del peligro *efectivo* que indudablemente nace siempre de toda determinada accion antijurídica, considerándola como una amenaza del agente para lo futuro, que es sólo á lo que con razon se atiene la teoría de la prevencion.

5. Aquel que ha llegado á conocer, como Martin, y aun Feuerbach y los mismos partidarios primitivos de la intimidacion, que los pe-

(1) Comp. el *Res.* n. 4 de la teoría de Schulze.

ligros para el órden jurídico de la sociedad ó para el respeto á sus leyes sólo pueden destruirse produciendo en los ciudadanos una buena y profunda impresion en favor del Derecho, no se halla distante de elevarse, dando un paso más en este camino, al principio de que esos peligros, precisamente por tener su asiento en la intencion que se aparta de la justicia, no pueden evitarse de raíz, sino procurando por todos los medios propios y convenientes influir ante todo sobre la manera de pensar y sentir de aquel cuya mala intencion muestra—en vista de los hechos—suma probabilidad de duracion, y necesita en consecuencia ser combatida por una reaccion justa y adecuada. Y, en razon, ningun delincuente puede ser castigado sino por *su* culpa, no por la ajena, ni por el influjo de su hecho ó su castigo en otros (1), influjo ciertamente posible, pero de todo punto incalculable.

6. Sólo para reparar un daño real y *efectivo,* cognoscible y reconocido como tal—ora sea interior, ora exterior—cabe elegir y aplicar medios seguros; no pudiendo hacerse responsable al criminal de la mala intencion *evidente* de otros (y ménos por tanto de la meramente *posible* é indemostrable) aun cuando haya sido producida por su mal ejemplo. La culpa de esta intencion es

(1) V. *Res. de la teoría de la intimid.*, n. 1.

siempre de ellos, nunca suya: por lo cual, sólo ha de servir de objetivo á la pena la reparacion de su propia culpa, aunque *mediatamente* se producirá quizá tambien en los demás una reaccion provechosa, cuya eficacia es lícito tener en cuenta como fin subordinado de la pena justa, la cual por tanto jamás puede desnaturalizarse con suplementos extraños á su objeto (1).

---

(1) Véase *Res. de la t. de la intimid.*, núms. 5, 6, 7, 11 y 12.

§ 26.

TEORÍA DE LA REPARACION.

Esta teoría recibió su mayor desarrollo de C. Welcker (1), quien intentó fundarla del modo que sigue.

Todo miembro libre y voluntario de la sociedad jurídica se halla sometido á la ley del Derecho (aun en el caso de haberla infringido, por estímulos sensibles) y obligado en consecuencia á resarcir todo el daño material y espiritual *(intelectual,* inteligible) que su trasgresion ha *mostrado ó producido:* obligacion á cuyo cumplimiento puede cohibírsele, si necesario fuese.

La reparacion del daño "intelectual" toca al Derecho criminal. Consiste este daño:

a) Respecto del delincuente mismo:

1) En la falta culpable de voluntad jurídica y de su principio moral;

2) En el desproporcionado predominio de las tendencias sensibles;

(1) *Últimos fundamentos del Derecho, el Estado y la pena (die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe,* 1813).—Tambien Wächter parece inclinarse principalmente á esta doctrina.

b) Respecto de los demás ciudadanos:

3) En la falta inocente de respeto al criminal, la cual hace imposible toda comunion jurídica con él;

4) En la falta inocente de respeto al Derecho y al Estado, que engendra el mal ejemplo;

c) Respecto del ofendido:

5) En la situacion en que se le coloca como indigno de respeto;

6) En la diminucion de su propio respeto al Derecho.

Todo este daño «intelectual» efectivo, es preciso borrarlo, y en primer término, la voluntad injusta y la preponderancia de lo sensible en el delincuente mismo, mediante su correccion moral, ó á lo ménos exterior (política ó civil): donde el límite del derecho de correccion debe determinarse por el *criterio* de la inmoralidad que aparece en la infraccion externa, en vista de la naturaleza general humana. Dicha enmienda destruye entonces el menosprecio de los ciudadanos hácia el delincuente, y con ella, así como con el padecimiento sensible de éste, se restablece el respeto al ofendido, así como el respeto á la ley, vacilante en su ánimo y en el de todos: efecto especialmente asequible si la pena responde al *espíritu del delito*.

7) Por último, tambien de esta suerte se logra

el fin de purificar al Estado de miembros enteramente corrompidos y dañosos.

Coinciden todos estos fines en el *un* fin comun de destruir lo injusto (la culpa), reconciliar con la justicia al criminal, y reparar todo el daño ideal. En caso de incompatibilidad entre estas diversas aspiraciones, debe atenderse al daño más importante, como fin capital.

Culpa es la infraccion imputable nacida de una resolucion de la voluntad. La *libertad jurídica* de ésta, que se supone igual en todos, es la razon de la *imputacion jurídica* y lo que hace posible la represion, por motivos morales ó sensibles, de la resolucion injusta, que lleva á la trasgresion exterior de la ley. Mientras más enérgicamente se oponen al delito ambas clases de motivos, tanto más injusta es la voluntad que lucha con ellos hasta vencerlos, y esta magnitud dá el criterio *subjetivo* de la pena respecto de la enmienda. El criterio *objetivo* radica en la trascendencia de los malos efectos de la accion criminal para otros y para el Estado: conforme á lo cual, han de imponerse, á los delitos leves, penas más leves, y á los graves, penas más graves de lo que exigiria el mero fin de la correccion. Este criterio objetivo de la penalidad es el más importante: de aquí que la tentativa deba castigarse ménos severamente.

§ 27.

EXÁMEN DE LA TEORÍA DE LA REPARACION.

Refiere esta teoría el acto del castigo á un fin racional, cuyo logro pertenece á lo por venir, á un resultado cuya consecucion debe concebirse como fundamento de la pena, á saber: la reparacion de un daño ideal; mas este fundamento y fin de razon, añade, tiene que sujetarse y determinarse por el llamado fundamento real de la pena, que pertenece á lo pasado. No castiga, pues, esta teoría más que *en el caso* de haberse ya cometido delito; pero si bien se mira, de ningun modo á causa tan sólo *de este hecho* (es decir, de la culpa *realmente efectiva* y *mostrada* del delincuente, ó en otros términos, de la injusta disposicion de *su* voluntad hecha visible en el delito y que debe combatirse); sino atendiendo *juntamente* al mal influjo quizá de aquel hecho en las inclinaciones de los demás, sobre todo por el estímulo á imitarlo, aunque tales efectos son meramente posibles y en-

teramente inciertos. Pues esta teoría comprende tambien entre los daños inmateriales que debe reparar la pena, ó lo que es igual, entre lo punible, que debe tenerse presente para determinar el fin racional de ésta, las malas consecuencias que haya podido producir el delito.

Pero, en abierta contradiccion con tal principio y apremiada por la necesidad, vuelve á la verdad al cabo, no exigiendo para fundar la imputacion de la culpa, ni por tanto la pena, ese influjo *posible y futuro* del delito sobre otros; sino pura y simplemente la voluntad injusta del reo, *efectivamente mostrada* en su hecho exterior, que es lo que llama Welcker «fundamento real *(Sachgrund)*» de la pena. Y coincidiendo para Welcker con razon el fundamento y el fin de ésta, deberia evidentemente buscar el daño espiritual *tan sólo* en la mala voluntad del culpable, determinando según ella, así aquel fin, cuanto la medida de la pena *en cada caso* particular; en vez de tomar por base de sus cálculos, con notoria inconsecuencia, *á la par* con este elemento (y aun muchas veces *principalmente* y ante todo) fines que deben lograrse, no en el mismo reo, sino en los demás ciudadanos, y hasta atender *exclusivamente* á esos fines, cuando no son compatibles con los de la pena en el criminal. Concediendo esto Welcker, con la mira sobre todo de extirpar el influjo del mal ejemplo, en el caso de que

hayan llegado á hacerse muy frecuentes ciertos delitos, vá á parar precisa y directamente á la ejemplaridad, contra la cual, sin embargo, tan decidido se muestra. Esta concesion explicaria ya por sí sóla su admision de la pena de muerte, aun cuando no hubiera dejado abierta especialmente para ella todavia una puerta en su 7.° fin penal (purificar el Estado de sus miembros enteramente corrompidos), bien por no haberse atrevido, como no se atrevieron Schulze, Grolman, Stelzer (1) y otros, á contradecir de plano las opiniones reinantes en su tiempo, bien por haber sufrido su yugo sin darse de ello cuenta.

Su principio, funestamente equívoco é indeterminado, de que sólo *las circunstancias* pueden hacer conocer en cada caso en qué consiste el *principal* daño espiritual, segun el cual han de ser distintos el fin inmediato (predominante) y los medios penales á él conformes, pone de manifies-

(1) Si se exceptúa este punto y alguna confusion en sus ideas sobre los *medios* de la enmienda civil—en lo cual se muestra el influjo de Grolman—y el partir de un contrato político—donde se nota el de Fichte—la concepcion penal de Stelzer se acerca tanto á la verdad, que excede aún á la teoría de la prevencion, á las de Schulze, Martin, Bauer, etc., y mereceria ciertamente un exámen no ménos detenido. Sólo por haber ejercido—cosa bastante inconcebible—un influjo incomparablemente menor que éstas, hemos desistido aquí de su análisis. En cierto modo, ha sido justo con ella Hepp en su obra: *Sistemas de Derecho penal (Strafrechtsysteme)* II, 2, pág. 598, etc.

to toda la falta de unidad y solidez y toda la vaguedad y arbitrariedad de su teoría (1).

Aunque esta teoría, análogamente á la moderna de la justicia, usa para significar la mision de la pena frases tan vagas como las de "destruccion de la injusticia," "reconciliacion del culpable con la justicia," etc., precisa ya algo más esa mision, sin embargo, en su fórmula de la "reparacion del daño inmaterial," expresion en la que intenta Welcker reunir todas las aspiraciones aisladas, y por tanto visiblemente parciales é incompletas, de las doctrinas penales hasta hoy reinantes, comprendiendo en ella, no sólo los daños internos efectivamente causados ya al órden jurídico, sino aun los meramente posibles, el simple riesgo para lo venidero. A unos y otros debe responder en su sentir la pena: á los primeros, mediante la expiacion ó satisfaccion al ofendido y á la sociedad; á los segundos, mediante la intimidacion y la enmienda.

La *interna* conciliacion de estas direcciones tan diversas y cuya incompatibilidad se produce á cada momento en la vida, no puede obtenerse en la pena más que *aparentemente,* cuando se prescinde de formar sobre ellas un juicio concreto y por principios, limitándose á *frases* equívocas y ambíguas, aplicables á todas y apelando en cada caso á *las circunstancias*. Fácilmente se concibe que esto

(1) Comp. *Ex. de la t. abs.*

no basta para destruir la acusacion de sincretismo.

Si se consideran más al por menor los daños inmateriales enumerados y los fines penales relativos á su reparacion, resulta lo siguiente.

Lo primero que se supone siempre como fundamento del deber de reparar un mal cualquiera —aunque sea interior y radique en una disposicion de la voluntad—es la *certeza* de este mal. Ahora bien, en todo caso de delincuencia el único mal evidentemente cierto es el daño que para el órden jurídico existe *en el delincuente mismo:* daño que su hecho pone de manifiesto y que *consiste* en su culpa, es decir, en la inclinacion y direccion injusta de su voluntad. Esta voluntad exteriorizada, juntamente con el menosprecio del Derecho y la corrupcion y disposicion criminal de que nace, no son—como creia Bauer—un mero peligro: pues no puede calificarse de semejante modo la enfermedad producida y revelada por determinados síntomas y fenómenos (paroxismos, erupciones, etc.); aunque allí, como aquí, sea lícito considerar tambien la reparacion ó curacion, si se atiende á sus efectos para en adelante, como una especie de prevencion y precaucion contra las malas consecuencias, y de proteccion para las buenas, que se esperan en lo venidero.

Todo daño ideal ulterior que nace por el influjo de un delito no puede imputarse al delincuente, sino en tanto que ha sido *causado* por él

mismo, no meramente *ocasionado* (1). Y es en verdad muy descaminado y violento tomar el peligro meramente *posible* del mal ejemplo para el órden jurídico por una lesion real y *efectiva* de este órden, y considerar lo que la *prevencion* de aquel riesgo exige como un medio de reparar la perturbacion que se supone producida.

Un mismo estado de enfermedad puede nacer de muy diversas causas: de igual suerte acontece tambien en la enfermedad moral (el daño ideal) de una determinada inclinacion injusta. Colocar —segun hace Welcker (2) al lado de este mal, que puede derivarse de móviles, ora sensibles, ora no-sensibles, la existencia de la más comun y frecuente de sus causas (el predominio de la sensibilidad) como un género propio y *especial* de mal moral, no puede justificarse de modo alguno.

Otros de los males que Welcker pretende incluir en el daño inmaterial son además puramente imaginarios. Así, procede sin razon alguna y en abierta contradiccion con la experiencia, cuando supone que el menosprecio del Derecho, manifestado por el criminal, ha de trasmitirse indefectiblemente al ofendido mismo y aun á todos los otros ciudadanos, produciendo la disposicion injusta de su voluntad. Hacer depender la respeta-

(1) Comp. *Result. de la t. de la intim.*, n. 12, y los *de la t. de la defensa*, n. 6.
(2) Número 2.

bilidad del Derecho, del respeto que se le demuestre, seria invertir de medio á medio todas las relaciones; exactamente como si se considerase que la respetabilidad del ofendido se disminuye por la ofensa que se le infiere, ó que la culpabilidad de un hecho nace de la pena que le está señalada. Con frecuencia, tanto el ofendido como los demás ciudadanos desprecian tambien al delincuente, lo cual podria y deberia estimarse como otra especie particular de lesion inmaterial para el órden jurídico. Cierto es que ese desprecio é ignominia que suele recaer sobre el criminal, á lo ménos en los llamados delitos comunes—aun en los casos en que la ley no lo prolonga artificialmente para toda la vida por medio de las penas infamantes,—encierran para aquel un gravísimo daño moral, nacido de su propio hecho, destruyendo la confianza de los demás en él, hasta el punto de hacer casi imposible su trato social con sus conciudadanos. Por donde, atendiendo al espíritu de esta teoría, debe exigirse con razon que la pena obre todo lo posible para destruir ese daño, ayudando al criminal á hacerse recibir en la sociedad nuevamente.

Si, por último, la doctrina á que aludimos quiere ver en todo delito una injuria al honor del ofendido, con igual fundamento podria hallar en él otra injuria contra la dignidad de la sociedad jurídica, tambien interesada, y el respeto á sus le-

yes—tomando aquí la palabra *injuria* en el mismo ámplio sentido—y considerar quizá la reaccion que engendra la pena como un acto de propia conservacion en el mismo concepto que la teoría que lleva este nombre.

Cuando Welcker explica la culpa jurídica, no como la determinacion de la voluntad en que radica el gérmen de una trasgresion exterior del Derecho, sino como esta misma trasgresion, en cuanto tiene su fundamento en aquella disposicion injusta de la voluntad, le induce á esta consideracion: primero, el pensamiento de que la inmoralidad que el Derecho ha de tomar en cuenta debe medirse puramente por la trasgresion *exterior* (objetiva) y la naturaleza humana *en general,* segun cuyos términos han de fijarse tambien los límites del derecho de correccion; y segundo, la creencia de que las tendencias sensibles hácia el delito pueden extirparse en todos mediante un mismo padecimiento exterior y sensible tambien. Olvida, pues, completamente y de un modo inconcebible, en este caso, lo que él claramente advierte del padecimiento espiritual, á saber: que sólo en relacion á la individualidad puede ser juzgado y producido.

De la primera falta, ó sea, de que Welcker, segun ya se ha notado y en abierta contradiccion hasta con el lenguaje comun, busque la llamada culpa *jurídica,* no puramente en el interior del

criminal mismo, en su voluntad injusta, sino en una infraccion exterior (objetiva) del Derecho, en cuanto ella *manifiesta* (en el delincuente) ó *produce* (en otros) una determinacion injusta de la voluntad, nace necesariamente la segunda, negándose á medir esta culpa con el criterio único de la oposicion en que aparece la voluntad del criminal respecto del poder jurídico, y queriendo que *á la par* y aun *preferentemente* se estime por lo perjudicial de sus efectos. Ahora bien, si estos efectos en la teoría que nos ocupa no se refieren meramente á la disposicion de la voluntad en los restantes ciudadanos (que seria lo lógico, ya que el daño intelectual que ha de repararse lo encuentra tan sólo en la voluntad del delincuente y de los demás), sino tambien al Estado, era indispensable esta inconsecuencia para dar siquiera una justificacion aparente á su 7.° fin penal de purificar á aquella institucion de sus miembros enteramente corrompidos, pues que ninguna de las seis especies de daño espiritual que enumera y que engendran los otros seis fines, presta especial objeto ni fundamento: justificacion que, segun antes se ha indicado, no puede derivarse del estímulo del mal ejemplo, mediante lo cual se nos induce fácilmente á echar mano del inícuo remedio del escarmiento (1).

(1) Comp. *Res. de la t. de la intimid.*, núm. 6.

§ 28.

RESULTADOS DE LA TEORÍA DE LA REPARACION.

1. La teoría de Welcker adolece de la misma vaguedad respecto del fin de la pena que la de la propia conservacion, aun en la forma que le dió Martin. De aquí la misma indeterminacion en el género y el grado (clase y magnitud) de los medios que deben servir para el fin: pues estos medios deben calcularse aquí segun su necesidad para "la reparacion del daño espiritual," como allí para "conservar ó para mantener el respeto á la ley:" faltando siempre la indicacion precisa de *cómo* ha de procurar y conseguir dicho objeto la pena, á pesar de ser esto justamente lo que la distingue de las restantes instituciones jurídicas.

2. Cualquiera duda acerca de los peligros que encierran tan indefinidas teorías desaparece, si se considera bien que tras ellas y tras de su pretendido fundamento y fin jurídico pueden albergarse injusticias tan patentes como la destruccion del culpable para escarmiento de los demás. Se-

mejantes aberraciones sólo se previenen por completo, teniendo presente que el delincuente mismo es quien debe ser castigado, porque *él* es quien ha cometido el delito y merecido por tanto la pena, cuyo determinado fin inmediato, así como su razon concreta en cada caso, ha de buscarse sólo *en su persona*, esto es, *en su voluntad;* y no olvidando tampoco que la pena debe en primer término *hacer justicia al criminal mismo* (1), sin perjuicio del destino que como hombre, como sér racional y con propia dignidad (persona), le pertenece, y sin serle jamás lícito hollar este derecho bajo el pretexto de que lo ha perdido por su infraccion para abusar de él cual simple instrumento de ajenos fines, al igual de una cosa, de un esclavo.

3. Si el fin de la pena, para que pueda pretender carácter racional, ha de ser universal y necesariamente el mismo, como su fundamento; si este fundamento, segun reconoce la teoría que examinamos, se halla en la voluntad del culpable, en cuanto al exteriorizarse se manifiesta incompatible con el órden jurídico; y si nunca puede dirigirse ese fin más que al delincuente y su voluntad injusta, como consecuentemente afirma la teoría de la prevencion, dicho fin principal, uni-

(1) Comp. *Res. de la t. abs.*, n. 4; *de la t. de la intim.*, núm. 1; y *de la t. de la prev.* núm. 4.

versal y necesario no puede ser sino la reforma de esta voluntad pervertida, hasta donde sea dado procurarla y conocerla por medios externos. Todas las demás consecuencias *segundas*, asequibles al par y acaso útiles y deseables, de la pena, deben tenerse en cuenta á lo sumo como fines *subordinados*, que nunca ni en lo más mínimo han de contradecir al principal (1). En la misma medida en que éste se logre por medio de la pena justa, quedarán tambien reparados, en cuanto quepa justamente, todos los restantes daños inmateriales, ya reales, ya posibles, nacidos del delito y que por otro camino, ó no pueden restaurarse de modo alguno, ó sólo imperfectamente, ó á expensas del Derecho.

4. Si el exámen de la teoría absoluta nos enseña que ninguna doctrina puede ménos de asignar un fin racional á la pena, descansando por tanto la supuesta oposicion entre aquella teoría y las teorías relativas, exclusivamente sobre una falsa apariencia, lo propio confirma el sistema de Welcker, del cual resulta cuán vana es la asercion en que se quiere fundar esa oposicion, á saber: que las teorías absolutas castigan *quia peccatum est*, y las relativas sólo *ne peccetur:* pues, antes bien, toda doctrina admisible ha de castigar juntamente *quia peccatum est* y *ne peccetur*. O con

(1) Véase *Res. de la t. de la intim.*, núm. 5.

otras palabras: toda pena ha de mirar *hácia atrás,* pues sin delito que le sirva de «base real», de motivo objetivo, es inconcebible la pena en *general;* como lo es tambien la pena *justa,* si no atiende á la individualidad de *cada* delito y de *cada* delincuente: por donde ninguna teoría penal puede darse que en este sentido no castigue tambien y deba castigar «*porque* se ha delinquido.» Pero á la vez debe tender *hácia adelante,* esto es, proponerse con clara conciencia un fin racional—en el cual únicamente, como dice Welcker, estriba su fundamento,—sirviéndose por tanto de los medios que á él conduzcan: problema éste que mira á lo por venir, pero que, (como desde luego se comprende) no consiste en que la pena haga que lo sucedido no haya sucedido, sino en que en adelante sucedan las cosas de mejor manera. La culpa no se extirpa, en cuanto cabe, más que por la enmienda y la reforma; y su *reparacion* en este sentido es *á la vez* la única *prevencion* segura y conforme al Derecho, obrando, pues, tambien *ne peccetur,* y destruyendo así por consiguiente la supuesta oposicion entre las teorías *reparadoras* y las *preventivas.*

5. Esta doctrina declara punibles todas aquellas acciones (y sólo ellas) que han suscitado un daño inmaterial para el órden jurídico. Pero seria contradiccion palmaria hablar de compensacion—y de obligacion á ella—por un mal que no haya

aparecido: ya que respecto de males meramente *posibles* y que amenazan para lo venidero, no pueden concebirse ni sostenerse sino, á lo sumo, disposiciones para evitarlos. Por donde la teoría de la reparacion ó compensacion, abandonando en esto indudablemente su idea fundamental, viene á parar en una teoría de las que se dicen «preventivas.»

6. Si lo espiritual y moral, segun vimos al tratar de la teoría absoluta, no cabe medirlo ni compensarlo con lo material, con lo corporal-sensible, es tan cierto que no puede la pena consistir en un mal exterior, como que tampoco consiste en esto el delito.

7. Welcker ha insistido enérgicamente en la verdad (que la teoría de la prevencion ha sido la primera en hacer valer) de que la pena, y por tanto tambien la ley penal, sólo tiene que ver con la *voluntad* pervertida, esto es, con el daño inmaterial. Por lo que concierne al modo como haya de obrar sobre ésta, todavia ha realizado hasta cierto punto un progreso sobre aquella doctrina, al reconocer que la pena ha de dirigirse *tambien* y ante todo á la enmienda *moral*, no meramente á la llamada *civil*, del culpable, aunque por la manera de determinar los límites de su accion, cae en realidad en esta enmienda civil; tanto más, cuanto que en toda su doctrina de la imputacion y cálculo no vá más allá de la idea usual de la libertad

jurídica, entendiendo precisamente por justa aun aquella voluntad que, si bien se determina en pró del Derecho, lo hace sólo por motivos injustos.

8. Por su intento de exceder en variedad y multiplicidad de puntos de vista á la teoría de la prevencion, perdió la de Welcker, científicamente considerada, el verdadero centro de unidad; quedándose inferior á aquella en muchas cosas, y especialmente:

a) En que la teoría de la prevencion rechaza por completo toda retribucion falta de un fin racional, idea que en Welcker vuelve á insinuarse bajo el disfraz de la *satisfaccion* y expiacion por la infraccion de la ley y el órden del Derecho.

b) En que aquella se atiene á la voluntad del *delincuente mismo,* aspirando *inmediatamente* á influir sobre él tan sólo (reparando é impidiendo), y únicamente *mediante esto,* tambien sobre el todo social.

c) En que no hace entrar, por tanto, como Welcker, en el problema de la pena, todas las malas determinaciones efectivas y posibles de la voluntad, que nacen eventualmente en otros á consecuencia del delito, y de las que, cuando más, es *ocasion* el culpable, pero no *causa* (1); sin pretender, pues, tampoco que valgan como otros tan-

(1) V. *Res de la t. de la intim.*, n. 12, y *de la t. de la def.* n. 6.

tos criterios para el género y magnitud de la pena las más diversas circunstancias que (sobre ser en su mayor parte enteramente independientes del delito y de su autor y por completo accidentales) no cabe descubrir de ninguna manera, ni las más veces combatir por otros medios que los diametralmente contrarios; con lo cual queda libre de la completa indeterminacion de la teoría de Welcker y de la inutilidad consiguiente de su criterio para aplicar la pena en cada caso.

d) En que sólo concede á lo exterior (lo "objetivo") en el delito la importancia de una señal para conocer la voluntad injusta; más no valor é influjo propios para determinar la culpa ni la pena jurídicas.

9. Tanto la teoría preventiva como la de Welcker han reconocido de comun acuerdo que es inconcebible órden jurídico alguno en la sociedad sin la voluntad de sus miembros, mediante cuyas manifestaciones injustas se ve atacado en la raíz misma de su vida. De este exacto conocimiento, por el cual eran superiores ambas doctrinas á las de Kant y Fichte, se sigue por necesidad que dicho ataque sólo puede frustrarse *por entero*, ó en otros términos, que sólo puede darse *plena* satisfaccion á la ley y al órden de Derecho, cuando se logra volver á este las voluntades torcidas en su contra. Y así como lo esencial y característico del delito no consiste en el daño

exterior, así tampoco está lo propio de la pena en la compensacion de este daño; sino puramente en el remedio del mal interno, que tiene su asiento en la voluntad injusta y manifestada. Satisfaciéndose de esta suerte en un todo la peculiar é inmediata razon, á la vez que el peculiar é inmediato fin de la pena segun el Derecho, se responde juntamente á la exigencia general (que abraza tambien al daño material y su indemnizacion) de destruir toda la injusticia cometida, exterior é interior, y se alcanza por tanto el fin último del restablecimiento del órden jurídico violado. Pero sólo Grolman ha deducido esta exacta y rigorosa consecuencia del mencionado principio, comun á él y á Welcker.

§ 29.

TEORÍA CORRECCIONAL (1).

La teoría correccional ve en la pena puramente el medio racional y necesario para ayudar á la voluntad, injustamente determinada, de un miembro del Estado, á ordenarse por sí misma,

(1) Hállanse en no pocos escritos excelentes observaciones y detalles en este sentido; pero sólo citaremos los siguientes: Arnim, *Fragmentos sobre el delito y la pena (Bruchstücke von Verbrechen und Strafe)*, 1803; Spangenberg, *Sobre la correccion moral y civil de los delincuentes mediante el sistema penitenciario (Ueber die sittl. u. bürg. Besserung der Verbrecher mittelst des Pönitentiarsystems)*, 1821 (segun W. Roscoe y Buxton); Stelzer, especialmente en su *Crítica del proyecto de Egger (Kritik des Egger'schen Entwurfs)*, 1811 y en su escrito *Sobre la voluntad: ensayo psicológico para servir al Derecho criminal (Ueber den Willen—eine psychol. Untersuchung für das Kriminalrecht)*, 1817; Henke, *Manual, etc.*, I; F. Groos; *Ideas para establecer un principio fundamental para la medicina legal psicológica (Ideen zur Begründung eines obersten Prinzips für die psych. Legalmedizin)*, 1829; *El escepticismo en la doctrina de la libertad, con relacion á la teoría penal de la imputabilidad (Der Skeptizismus in der Freiheitslehre in Bezieh. zur strafr. Th. der Zurechnung)*, 1830; *Tímidas ojeadas á las profundidades de la Filosofía (Schücht-*

porque y en cuanto la desarmonía que nace de su desórden perturba la armonía de todo el organismo racional de aquel. Segun ella, en esto radica el fundamento y fin de la pena, y el criterio para establecer su género y su grado.

La pena correccional (1) aparece como la úni-

---

erne Blicke in die Tiefen der Phil.), 1832; Reichmann, *Derecho penal del Estado (Das Strafr. des Staats)*, 1836; Möhl, *El fin de la pena (Der Zweck der Strafe)*, 1837; G. de Struve, en la *Revista de Jagemann etc. (Jagemann's Zeitschrift zc.)*, t. III; *Ensayos de filosofía moral (Saggi di filosofía morale)*, Génova, 1852, especialmente la exposicion de Conforti. Recientemente, deben añadirse á estos en particular K. Götting, *Derecho, vida y ciencia*, cuad. 2. *(Recht, Leben und Wissenschaft)*, 1861: escrito que contiene tantas cosas saludables, que estamos convencidos de que el autor se salvará al cabo, profundizando más en la naturaleza del Derecho y de su relacion con la moralidad, de la funesta limitacion del fin de la pena á una correccion meramente exterior en el sentido kantiano, cuya inconsistencia jamás ha puesto en duda todavia nadie que tenga que entender en cosas de educacion ó de establecimientos penales. Asimismo deberian citarse además innumerables escritos sobre prisiones por Diez, Füesslin, etc., remitiéndonos al estudio atento de todas estas obras, que coinciden en muchos puntos esenciales y que se acercan á la verdad mucho más de lo que hubiera podido esperarse antes de romper por completo con el formalismo jurídico de Kant.

(1) El nombre aleman es *Besserungstheorie*, que puede tambien traducirse por *teoría de la enmienda*, ó de la *reforma* del criminal.—Aquí traducimos *teoría correccional*, porque el sentido técnico de esta palabra en nuestro derecho positivo, aunque limitado á ciertas penas y nulo y vacío (y aun contradicho) en la práctica, dice en el fondo que la pena se considera como condicion para el mejoramiento del delincuente.—*(N. T.)*

ca conforme al Derecho, mediante lo siguiente (1).

El Derecho es la suma de aquellas condiciones para el cumplimiento del destino de la vida humana, que ha de procurar la *libre* voluntad. El Estado es la Sociedad para el fin de realizar el Derecho en tal sentido, y debe ser estado y órden vivo de éste (*status justi*). Ahora bien, el Derecho es una ley, un principio, es decir, una direccion general y necesaria para toda la vida y conducta de los hombres, no sólo para sus relaciones exteriores; por lo cual, la mera legalidad externa de acciones realizadas con intencion injusta, no es más que justicia á medias, incapaz de satisfacer al Derecho ni á la sociedad (2). Antes por el contrario, sólo puede bastar á entrambos la destruccion de toda la injusticia producida, y por consiguiente tambien del interior desórden y torcimiento en la disposicion de la voluntad, como última raíz y fuente constante de la injusticia exterior.

(1) No trayendo aquí, sino con suma brevedad, meramente lo que por precision resulta, tocante á la pena correccional, de los verdaderos conceptos del Derecho y el Estado, tenemos que remitirnos, para la indicacion más determinada de este enlace, á nuestros *Principios de Derecho nat.*, II, § 124, así como á nuestros restantes escritos relativos al presente asunto, y que citamos en la *Introduccion*. La exposicion que ahora ofrecemos aquí, tiende principalmente á mostrar con toda claridad cómo las diferentes verdades que del exámen de las teorías que preceden han aparecido indudables, reciben en la pena correccional su completo valor.

(2) V. lo dicho al examinar la *t. de la prev.*, página 150, etc.

Ahora, debiendo realizarse el Derecho independientemente de toda voluntad defectuosa ó pervertida, y en caso necesario aun mediante justa coaccion, nace de aquí en el Estado la exigencia jurídica (en virtud de su derecho y de su deber) de poner por su parte cuantas condiciones negativas y positivas se refieren al regreso del delincuente á la justicia, en hecho é intencion: ó en otros términos, de penarle, *ante todo,* para que él reciba *su derecho* (á saber, rectamente entendida esta palabra, lo que su mismo bien exige, y de consiguiente, su propio fin racional); luego, *tambien* en vista de los demás hombres que con él viven unidos para el Derecho; y esto, no sólo con objeto de protejerlos contra el peligro futuro de trasgresiones ulteriores, sino porque están conjunta y esencialmente interesados en el cumplimiento de la ley jurídica, y por tanto en la rectitud de los miembros todos del Estado.

La *razon jurídica inmediata* de ese remedio contra la injusticia que se llama *pena,* se halla segun esto en la arbitrariedad inmoral de un hombre, manifestada exteriormente y dirigida de un modo indudable á la perturbacion del órden social del Derecho, con el cual es, por consiguiente, incompatible. Y el *inmediato fin jurídico* tambien que de esta razon nace espontáneamente y que es como ella enteramente determinado, alcanzando hasta donde ella alcanza y cesando desde

donde cesa, consiste en el restablecimiento radical, por todos los medios adecuados y justos, de esa voluntad pervertida, manifestada en el hecho y segun el género y grado de maldad que revela (1).

En virtud de lo cual, á todo aquel que se muestra inclinado á la injusticia, y por esto mismo incapacitado para hacer buen uso de una completa libertad exterior y de su derecho á ella, *hasta donde* por su delito muestra *efectivamente* este sentido, y no más allá, pues nunca hombre alguno puede merecer la pérdida de *todo* su derecho y convertirse en mera cosa, debe considerársele privado de este derecho, es decir, como *casi menor de edad en este respecto,* y necesitado de *una segunda educacion,* mientras no se destruyan de un modo inequívoco las causas de su injusticia—su falta (ó torcida direccion) de conocimiento, sentimiento y voluntad jurídicos—y no se capacite de esta suerte para su completa libertad exterior mediante la interior (moral) libertad alcanzada: ó en otros términos, mientras no se haya corregido.

De aquí, que todo procedimiento *verdaderamente justo* respecto de un infractor del Derecho, lleva en sí necesariamente el carácter de una *tutela* confiada á indivíduos ó á asociaciones que se ha-

(1) Una determinacion precisa de los conceptos de *razon* y *fin* en el Derecho, y de su mútua relacion, se halla en nuestros *Princ. de D. n.*, I, §§ 46 y 48.

llan en un grado superior de educacion por lo que toca á la justicia de su voluntad. Ahora, cierto es que en esto puede y debe obrarse en parte *negativamente*—alejando las numerosas ocasiones y estímulos exteriores para el mal, que nacen sobre todo de las malas compañías—en parte *directa* y *positivamente,* prestando los medios necesarios, hasta donde sea posible al Estado por sí sólo y sin auxilio de las asociaciones á este fin establecidas, despertando, guiando, fortificando y haciendo que la voluntad criminal se ejercite en la práctica de la justicia, bajo una constante vigilancia que atienda con todo respeto y cuidado al gradual desenvolvimiento de la capacidad del delincuente para gobernarse por sí mismo, hasta tanto que, merced á la costumbre, la disposicion habitual de su voluntad, armonizada ya con el Derecho, se convierta en una segunda naturaleza.

Todo aquello que aparece como *necesaria consecuencia jurídica* de la voluntad que no quiere el Derecho ó quiere lo contrario al Derecho (una vez manifestada y probada) debe, pues, cumplirse en justicia al delincuente, por más desagradable y aun doloroso que pueda serle, ora lo considere entonces—que es lo más frecuente—sólo como *un mal exterior,* ora, por el contrario, como el indispensable apoyo que desde fuera proteje su debilidad moral, y por consiguiente como un medio que no se propone sino su propio bien, como

un beneficio que debe agradecer con reconocimiento (1); pues no se le pena así y sólo así por el dolor ó el placer que á él ó á otros puedan resultar de esto (2), sino porque el Derecho—es decir, el fundamento y fin jurídico de la pena—lo exije.

(1) Comp. *Res. de la t. abs.*, núm. 15, y *de la t. de la prev.*, número 8.

(2) No podemos ménos de hacer aquí mencion, aunque brevemente, de la discusion tan amistosa como extensa, que nuestros principios han hallado por parte del profesor C. F. Gabba (de Pisa) en su reciente escrito: *El pró y el contra de la pena de muerte* (*Il pro ed il contro della pena di morte*—Pisa, 1866), *(a)* pág. 34 y sig.—Deploramos sinceramente que nos haya entendido mal hasta un grado inconcebible, creyendo por esto tener que refutar (especialmente págs. 41 á 43) ciertas afirmaciones que jamás hemos hecho, á saber: "que los delincuentes carecen de toda nocion moral y de toda responsabilidad por tanto;" y *á la vez* "que no hablamos sin duda de hombres reales y efectivos, cuando nos figuramos séres tales (ángeles) que sólo se determinen por puro amor al bien:" afirmaciones que no sólo serian absurdas cada una de por sí, sino que á mayor abundamiento parecen ciertamente imposibles de concordar. Tampoco hemos negado en ningun tiempo que la perspectiva de las desagradables consecuencias de la comision del delito para los mismos delincuentes, pudiese contener á tal ó cual. Pero que Gabba haya podido imaginar que el simple temor de la pena sea un medio más seguro de lograr esta abstencion que la buena intencion recta y honrada, es cosa que apenas se concibe. Si nosotros, pues, de acuerdo—no en contradiccion—con todo el mundo, esperamos más de esa buena intencion que del miedo, no deberia él admirarse de que por esto mismo pongamos en ella el punto esencial y aspiremos á que la pena, hasta donde sea dable, contenga todas las condiciones exteriores para procurarla, esto es, para corregir al delincuente.

A no hallarse Gabba, como acontece á una gran

(a) Traducido al español y publicado (Madrid, 1870) por los señores Melchor y Cano.—*(N. T.)*

Si en el interior del hombre, en la voluntad, es donde exclusivamente se hallan, lo mismo el *fundamento* de la pena que el de la recompensa —como ya lo indica la frase de *merecer* la pena— aunque en la vida comun, mérito y culpa suelen principalmente ser juzgados por el éxito for-

---

parte de sus compatriotas, muy fuertemente adherido todavia á los errores de Feuerbach (segun muestra, al declarar en la pág. 15 como fin de la pena la prevencion de los delitos "mediante la represion," esto es, mediante la ejecucion de la amenaza de un mal), no habria desconocido cuán falsa es la suposicion de que todos los delitos nacen de un cálculo; y que, aun cuando realmente los más de ellos (casi todos, segun él dice) quedaran sin llevarse á cabo por prever sus autores que serian descubiertos, ni sobre ésta ni sobre aquella hipótesis puede construirse una teoría penal sólida (véanse *Res. de la t. de la intim.*, núms. 8-11, los *de la t. de la coacc. psíq.*, núms. 8 y 9, y pág. 120 y sig.) Tampoco habria intentado, sin esto, deducir la necesidad de la pena de las consecuencias probables de la impunidad (V. pág. 104, n. 8).—La inconsistencia de semejantes juicios, puramente hipotéticos, es de por sí evidente. Sin embargo, procediendo así, piensa haber expuesto las leyes más incontestables de la naturaleza humana, exposicion que por otra parte él mismo habia declarado (pág. 43 de su obra) préviamente y de plano "inútil" é "imposible"; creyéndose autorizado para formular la censura de que todas las leyes del órden social se subvierten con la filantrópica aberracion que intenta rechazar como esencia de la pena la *afflizione penale*, esto es, "la imposicion de un padecimiento", sustituyéndola con "la educacion de delincuente".

Viendo que con esto no penetra en los principios científicos enteramente concretos y determinados que sirven de base á nuestras ideas, ni ménos los refuta, cree suficiente apelar á la "*intuitiva evidenza*" de las ideas y juicios que en contrario profesa todo el mundo; olvidando cuán fácilmente podria por este camino negarse la afirmacion de su gran compatriota Galileo de que la

tuito; si la disposicion, por no decir conformacion, de la voluntad del delincuente segun el Derecho es el *fin* de la pena, caen por sí mismos como contrarios á este fin todos aquellos medios penales que no corresponden en cualidad y cantidad á la voluntad injusta, ni conducen á su refor-

---

tierra es la que gira alrededor del sol, y no al contrario: ya que cualquiera ve todos los dias con sus propios ojos que el sol *sale* y *se pone*, y que por tanto *anda* en torno nuestro. Por nuestra parte somos de parecer de que—lo mismo en la Filosofía del Derecho que en las Ciencias naturales—semejante apelacion á lo que cualquiera *cree* saber, ó en otras palabras, á meros prejuicios infundados, no sirve ciertamente para resolver cuestiones científicas, sino que equivale á salirse de ellas. Gabba mismo ha dicho muy acertadamente en otro lugar (pág. 27:) «la circunstancia de que diariamente se oye que todo el mundo juzga enteramente de idéntica manera sobre tal ó cual cosa, nos recomienda en verdad que seamos circunspectos en el exámen de este juicio; pero no basta de modo alguno para que el filósofo se crea obligado á adherirse á él ciegamente.»—Por esto nos hallamos convencidos, ya que él no es un mero criminalista, si que tambien filósofo del Derecho, de que una consideracion ulterior le hará conocer que antes de sacar sus consecuencias, no se ha asegurado bastante del valor de sus premisas: con lo cual traerá entonces aquí al punto el verdadero principio que tantas veces proclama en su libro, que aplica especialmente (pág. 80) al problema de la pena de muerte, y contra el cual dá con razon por de ninguna importancia los hechos estadísticos, á saber: que las cuestiones de principios sólo con principios pueden resolverse. Ahora bien, es llano que estos principios aquí no pueden ser otros que *los del Derecho penal*, los cuales á su vez se hallan necesariamente determinados por el primer principio y concepto del Derecho. Sólo éste, aquí como en cualquier otra cuestion jurídica, es capaz de servir de punto de partida y criterio científico, sin que sea lícito repudiar ninguna de sus consecuencias rigorosas. Por lo

ma, v. gr., todos los tormentos, afrentas, ejecuciones públicas, las penas corporales, la capital y la prision perpétua.

En las últimas, ve esta teoría sólo la obra del más miope egoismo del Estado, que pretende al-

---

cual, se trata ante todo—cosa que ciertamente puede olvidar el criminalista ordinario, pero no el filósofo del Derecho—de establecer con entera precision *qué concepto* del Derecho se toma por base para considerar el penal. Expresiones completamente indefinidas y ambiguas, como las de "represion", "afliccion penal", y otras semejantes, son siempre de todo punto inaplicables en exposiciones científicas, y no compensan la falta de ideas exactamente determinadas.

Tampoco hemos negado nosotros, como Gabba pretende, el objeto mismo en cuestion, el concepto de la pena, declarando supérflua toda indagacion sobre la verdad ó falsedad de las doctrinas penales reinantes; antes por el contrario, hemos procurado dar la única base firme para la fertilidad de esa indagacion (como esperamos lo muestre claramente el presente libro): ya que sólo la teoría *enteramente* verdadera dá la luz conveniente en este asunto y abraza todo lo que de verdadero hay esparcido en las demás. Hemos, sí, afirmado que el *concepto* de la pena, lo propio que los de la Religion, el Derecho, el medicamento, etc., etc., se ha modificado y depurado esencialmente en el curso de los siglos, aunque la *palabra* haya seguido siendo la misma; pues es innegable que hoy no se *conciben* ya como penas un sinnúmero de malos tratamientos corporales ó espirituales (v. gr., la marca, la picota, la mutilacion, etc.), que sin embargo entran en la categoría de los padecimientos y daños impuestos, ni más ni ménos que otros admitidos hoy todavia en tal ó cual parte; por ejemplo, las galeras, el hacinamiento de los penados en dormitorios y talleres comunes, ó el suplicio.

Segun nuestra concepcion de la pena, no es, pues, la cuestion, como imagina el escritor á que nos referimos, la de si debe ó no conservarse la pena en general; sino

canzar su conservacion y bienestar por medios que contradicen tan ciertamente á una y otro, como á la realizacion del Derecho, que es su mision, y cuyo cumplimiento no se concibe siquiera en la oposicion hostil, sino en la completa armonía del

esta otra: ¿debe ó no conservarse, *entendida como padecimiento?* ó, eufemísticamente dicho: ¿debe aplicarse de modo que sea sentida como un dolor? Si lo primero, es de rigor no dejarse extraviar por razones de humanidad enteramente insostenibles y contraproducentes en este caso, volver á tomar el ejemplo de nuestros predecesores, é inscribir en el catálogo de las penas todos los males imaginables que puedan causarse al espíritu ó al cuerpo. Si lo segundo, es imposible detenerse á la mitad del camino, contentándose con haber sepultado "en la fosa de la pública execracion" sólo *una parte* de las mortificaciones y malos tratamientos antes usuales bajo el nombre de penas. En cualquiera de los dos extremos se incurre en la más absurda inconsecuencia.

Si compara Gabba las ideas (que luego indicaremos) de su distinguido compatriota Pessina con las nuestras, á que éste expresamente se refiere, hallará que bien podrian concertarse: pues que su modo de entender el padecimiento que segun él lleva consigo la pena, no consiente ningun género de ataque á la personalidad; sólo que nosotros, en ese medicamento del alma, y prescindiendo de su sabor amargo, no vemos más que un beneficio para el enfermo moral, toda vez que favorece el restablecimiento de su salud interior y por tanto su propio bien. Esto mismo debiera tambien confesar lógicamente todo aquel que (como Gabba, pág. 38) ve siquiera en la enmienda *uno de los fines esenciales* de la pena, y rechazar en consecuencia (como lo hacen Mancini y Pessina) todo medio penal contrario á dicho fin, y de aquí al cumplimiento del destino humano; pues sólo una falsa *apariencia*, incompatible con la naturaleza *real* de la pena, puede entonces engendrar la ilusion de que tales medios (v. gr., las ejecuciones) sean jurídicamente necesarios en tiempo alguno para la llamada expiacion ó la prevencion.

Notemos todavia, para concluir, que nuestra concep-

todo y sus miembros (1). Atiénese firmemente al principio de que una seguridad *meramente externa* (que la muerte no más del criminal puede hacer infalible) nunca tiene *por sí misma* valor alguno moral y jurídico, sino sólo condicionalmente, esto es, como representacion *temporal* de la seguridad *interna* (que es la *única* suficiente) y como medio (2) para ella. Ni aparecen segun esto ménos inadmisibles que la ejecucion, la *prision perpétua* (3), absoluta y sin esperanza, y aun la temporal que se propone ó quizá logra hacer inofensivo al preso (á lo sumo mientras dura), por los únicos medios de la llave y el cerrojo. Proceder impío, que para nada se cuida de humanizar al criminal, despertando y favoreciendo en él mejores impulsos y reconociéndolos eficazmente no

---

cion de que la esencia de la pena ha de buscarse, no en el dolor y el padecimiento, sino en la correccion, se podrá pasar en silencio todo el tiempo que se quiera, pero hasta ahora no se ha intentado refutarla sériamente; y que el número de sus defensores crece de año en año en nuestra pátria misma, no sólo en el extranjero. Es un hecho que, á lo ménos entre los funcionarios que dirigen establecimientos penales, casi no hay ya más que una opinion, á saber: la de que la correccion, y únicamente ella, constituye el fin de la pena. Así lo muestran sus más recientes escritos.—(V. los *An. de Heidelberg*, 1866, núm. 31.)

(1) V. *Res. de la t. de la conserv.*, núms. 3, 4 y 5.

(2) V. *Res. de la t. prev.*, n. 7.

(3) Fácilmente se distingue de esta prision perpétua *préviamente impuesta*, aquella en la cual, á causa de la necesidad de prolongarla, sobreviniese *por accidente* la muerte del culpable antes de alcanzarse el fin penal.

bien se manifiestan; y á mayor abundamiento, peligrosísimo para la paz jurídica, tanto más, cuanto que muchas veces sólo produce el empeoramiento de aquel durante el tiempo de su encierro, por más que, *en realidad* y por regla general, sobre todo si la condena es de muchos años, ésta se trasforma en perpétua, merced á las contínuas reincidencias que semejantes penas traen consigo.

Segun esto, sólo son admisibles como penas correccionales aquellas restricciones (especialmente las que consisten en prision) de la libertad exterior mal ejercida, cuyo rigor ó suavidad se determina exclusivamente por la necesidad de procedimientos, que deben medirse en completa conformidad al citado fundamento y fin jurídico de la pena.

Únicamente en las faltas muy leves será la multa, que corresponde á la naturaleza de aquellas, el medio más eficaz para disuadir y corregir al culpable; mientras que, por el contrario, en los delitos políticos, sólo el extrañamiento temporal producirá frecuentemente una experiencia de la vida, de la cual sea lícito esperar la reforma radical de la intencion, reforma en que poco ó nada lograria el simple encierro.

Segun la teoría correccional, se concibe desde luego que el carácter todo de la pena, y por tanto su duracion tampoco, *jamás* puede fijarse con rígida *invariabilidad*, sino de modo que pueda mo-

dificarse ulteriormente, aumentándose ó abreviándose (1), considerando con la mayor atencion si el fin se ha logrado antes, ó si no puede alcanzarse hasta el momento en que se esperaba al tiempo de pronunciar el juicio. Esta rectificacion posterior del primer fallo, en conformidad con los resultados de la constante observacion del reo y del más celoso influjo para modificar su sentido (funciones que han de hallarse cometidas ambas, durante el cumplimiento de la condena, á hombres experimentados y capaces) ha de tener lugar por un segundo juicio pronunciado despues de trascurrido el tiempo suficiente para este exámen concienzudo, y es una exigencia rigorosa del Derecho: pues sólo es merecida la pena que corresponde exactamente al estado de la voluntad del criminal; conteniendo manifiesta injusticia, así toda falta, como todo exceso en este punto.

Por lo mismo es notorio abuso, desde el punto de vista del Derecho y de su órden, y aparece á lo

(1) Comp. nuestro escrito *La pena correccional*, página 22, etc.—En lo capital, concuerdan ya en esta exigencia muchísimos jurisconsultos y filósofos, como Henke, Stelzer, Möhl, Reichmann, F. Groos, von Struve, v. Lichtenberg, Götting, Krause, Ahrens, Schliephake, v. Mehring, Bonneville, Saint Vincent, Conforti, van der Does de Bye, etc., é igualmente, con casi todos los que conocen á fondo la ejecucion de las penas, los funcionarios más entendidos de esta clase de establecimientos, como Düepetiaux, Ferrüs, Thompson, Mooser, Füesslin, Diez, v. Valentini, d'Alinge, etc. Sobre los dos últimos, v. los *Anales de Heidelberg*—1866, núms. 31 y 32.

sumo como una inconsecuencia y un expediente provisional, el acortar ó prolongar la pena dictada al principio, no *directamente* y desde luego por el camino de la justicia estricta, sino por vía de gracia, ó como medida de administracion y policía, dando así á medias y de vez en cuando satisfaccion á aquel claro principio de Derecho (1).

La pena correccional no se dirige, como la de casi todas las demás teorías, meramente al hombre *en general* y en abstracto, sino al hombre real, vivo y efectivo, que se ha hecho responsable de *tal* delito concreto, á su total y exclusiva individualidad. Ni se atiene tampoco solamente al elemento sensible, al lado exterior—digámoslo así— del hombre; atendiendo, no tanto al cuer-

(1) Cuán poco responden las prescripciones positivas de hoy á la mision de una verdadera justicia penal, lo muestra clarísimamente el que las penas que han sido impuestas con arreglo á la ley—comprendiendo ó presintiendo su desproporcion, y por tanto su injusticia para el caso—se anulan parcialmente (rebajándolas) por medio del indulto en casi todas partes, y con tanta frecuencia, que falta poco para que se haga regla general; siendo así que, como desde luego se comprende, en un Estado bien organizado, el indulto no debiera ser sino una rara excepcion; sin que por lo comun ninguna otra autoridad más que la judicial tuviera que ver con la administracion de la justicia, ni con la duracion, pues, de las penas. Ahora bien, si á veces el juez mismo saca de las actuaciones la conviccion de que, por razones que no se tuvieron presentes en la ley, debe desaparecer en todo ó en parte la pena señalada, y cuando en consecuencia añade á su sentencia legal la propuesta del indulto, ¿no seria infinitamente más seguro para protejer el verdadero De-

po, cuanto al espíritu, y no considerando al criminal como puramente determinado ó capaz de determinarse por motivos sensuales, por el único impulso del placer y el dolor. Ni pretende estimarlo por un hecho aislado como tal y sin más, en vez de juzgar este hecho meramente como una manifestacion y evidente testimonio de la perversion que existe en la armonía racional de sus facultades, cuya perturbacion no puede conocerse con plena claridad en toda su raíz, ni por tanto repararse y corregirse cual es debido, sino en relacion con toda la vida anterior y posterior del sujeto.

De aquí que no entra en la esfera de lo punible cosa alguna exterior („objetiva„) *como tal*; sino aquello tan sólo que constituye una señal del

---

recho que, posteriormente y en virtud de los informes de los empleados todos de la prision sobre el sentido y conducta del criminal y su progreso relativo en el bien, se procurasen medios bastantes para formar una idea más exacta acerca del reo y de lo que con él debe hacerse, que no el dejarle juzgar por la primera impresion y por un sólo hecho, á ménos que este juicio deba desde luego ser considerado como un oráculo indiscutible y no como una disposicion provisional, que podrá necesitar rectificacion en lo venidero? Ni es más dudoso tampoco que, al concluirse el cumplimiento de la condena, puede ser tan necesario prolongarla, mediante una pena adicional, como acortarla segun los malos ó buenos resultados hasta entonces conseguidos; por más que los prejuicios reinantes tengan, á lo menos, tal aumento por absolutamente inadmisible.—Comp. nuestro escrito *La pena correccional y sus instituciones*, pág. 165, nota ***.

interior del hombre, ó en otros términos, que es obra de su voluntad (1); aspirando en consecuencia la pena á modificar total y fundamentalmente ese interior donde se ha engendrado la perturbacion producida, sin reputar jamás logrado su fin con una reforma á medias, que decida al delincuente á guardar en adelante una conducta, á lo ménos, exteriormente legal, aunque sea por el único motivo de no tener seguridad de quedar impune; si bien en esta correccion semi-justa gana siempre algo el órden externo de la sociedad. La teoría correccional se atiene con firmeza al principio de que á lo ménos hay que aspirar á alcanzar el término deseado, aunque se frustre ciertamente con harta frecuencia; procediendo de la conviccion de que no es lícito desesperar en absoluto (2) de hombre alguno (antes bien, en todos, más ó ménos, puede influir eficazmente para su *humanizacion)* y de que es en verdad muy cómo-

(1) Comp. especialmente los *Res. de la t. de la prev.*, n. 1, y *de la t. de la repar.*, n. 7.—Stahl estaba ciertamente en buen camino, como resulta de su *Filosofía del Derecho*, III, pág. 669, (3.ª edicion), donde dice: "El hecho nada es por sí sólo, sino únicamente como manifestacion de la *personalidad* del agente, en *cuya* reduccion á la sumision, no en la del hecho, consisten la justicia y la pena."—Pero, como tantos otros, se quedó á la mitad del camino.

(2) *Nemo desperandus est,* dijo ya el derecho canónico *(D. Gr.*, can. 1, dist. 1 *de poenit.)*—Aunque tambien Henke y Stelzer concuerdan con esto, se han dejado, no obstante, descaminar por el extraordinario poder

do, pero en el más alto grado injusto é impío, tratar á cualquiera, aun al mayor criminal, como si bajo ningun respecto fuese ya hombre, sino un "animal salvaje," un mónstruo incorregible.

Desde luego se concibe que nuestra doctrina tampoco tiene jamás seguridad completa del influjo y éxito de sus penas; pero lo procura siquiera (en vez de contentarse con las pretensiones de infalibilidad de otras teorías), reconociendo la imposibilidad de determinar de un modo enteramente justo las penas *a priori*, en la ley, ni aun mediante el fallo del juez, por más libre esfera de accion que se le deje. El juez, segun esta doctrina, al igual del médico llamado por vez primera á la cabecera de un enfermo, no es capaz de pronunciar un fallo definitivo, mas solamente una imposicion provisional é inocente de la pena, ya que el efecto de ésta, como el del medicamento, sólo puede conocerse con seguridad por su ensayo y experimento *(ab effectu, a posteriori)*, conforme á cuyos resultados cabrá entonces—segun antes hemos visto—disminuirla ó aumentarla.

Si la teoría correccional tiene por tanto que

---

de la rutina, hasta excusar la pena de muerte, cayendo de esta suerte en contradiccion con sus propios principios de un modo más palmario todavia que Grolman (al cual sigue en esto visiblemente Stelzer); en tanto que ya poco despues C. Lucas y Möhl la rechazan por completo.

contentarse con una certeza aproximada, esto es, con la mayor probabilidad, posee, sin embargo, sobre las restantes doctrinas la ventaja de que jamás pena al acaso y apoyada en meras ficciones jurídicas, en suposiciones y términos medios arbitrarios (v. gr., el de la timidez) siendo la única entre todas que nada perdona *para obtener el buen éxito de la pena en el criminal mismo* (1); merced á lo cual, se halla sin disputa incomparablemente más segura de este éxito que cualquiera otra, sin exceptuar la teoría preventiva. Pero, harto distante de ver en el mero arrepentimiento otra cosa que un primer movimiento de la conciencia, del cual puede *esperarse* el regreso al camino de la justicia, aspira á una correccion suficientemente probada y duradera.

La pena correccional es la más favorable al delincuente, *á la vez* que al Estado, como un verdadero beneficio para todo el cuerpo social y para el miembro enfermo, resolviendo la funesta oposicion en que por tanto tiempo se han concebido, y en la esfera del Derecho penal muy especialmente, el bien y el mal del uno y los del otro. Pues, constituyendo un remedio psíquico para el criminal, restablece juntamente en su vigor y autoridad á la ley, principio vital del Estado y garantía de la salud jurídica de la sociedad (2).

(1) Comp. *Res. de la t. de la prev.*, n. 9.
(2) Comp. *Res. de la t. de la conserv.*, núms. 4 y 5.

Por esta razon, nunca *aparecerá* (1) como un mal, sino á aquellos que la consideren de un modo puramente exterior, no advirtiendo por lo áspero de la corteza el fruto esencial que contiene: al igual del niño, que en la más eficaz medi-

(1) El que se halle incapacitado para remontarse con Christiansen á la altura de las más vacías abstracciones con auxilio de la lógica hegeliana, comprenderá difícilmente cómo es posible discernir el *bien* y el *mal* por otras señales que la conformidad ó desconformidad con la naturaleza y fin del asunto á que se refiere.—No sabemos, por ejemplo, si él reputa que el hecho de permanecer en cama es *en sí mismo* bueno ó malo; lo tenemos sólo por tal, segun que lo exige ó no la salud; sin que digamos qué sentido tendria el que, á pesar de necesitarlo para restablecernos de una enfermedad, quisiésemos considerar este hecho como un mal *en sí*, fundándonos en que seria muy de desear ciertamente que (lo mismo que ocurre con una medicina de mal gusto, con la amputacion de un miembro gangrenado, etc.) no hubiera habido necesidad de él. En el estado actual y efectivo del paciente, estado que en nada pueden modificar semejantes consideraciones meramente generales, es pura y exclusivamente *un bien*, esto es, un medio para restablecer su salud, y aun quizá para salvarle la vida.

En las abstracciones de Christiansen, como en sus deducciones, falta generalmente lo único que hubiera podido darles algun valor, á saber: la derivacion de ideas fundamentales y sólidas, sin las que se vá á parar tan sólo á sutilezas, no á frutos y resultados prácticos para la vida. Si no hubiera dejado en pié y sin resolver la oposicion tradicional entre el Derecho y la utilidad y bienestar (en cuya oposicion se mueve tambien Köstlin—v. antes pág. 75, nota 1.ª), á pesar de notar y confesar él mismo que "la conservacion del órden jurídico," es "el fin general de utilidad de la pena;" y si hubiera investigado exactamente la realidad de la distincion entre la cualidad y la cuantidad de las acciones inmorales ó injustas, no habria sacado tantas conclusiones falsas de tantas falsas premisas.

cina, si tiene mal sabor, sólo encuentra una bebida ingrata y amarga. La impresion, más ó ménos desagradable para el criminal, de la limitacion de su libertad exterior—aunque en su propio beneficio—que suele la pena traer consigo, y especialmente la prision, etc. (impresion que, además de variar hasta lo infinito segun los indivíduos, es de todo punto incalculable y aun cambia necesariamente con el tiempo y el hábito), es y no puede ménos de ser siempre cosa *accidental* y subordinada (1). Si así no fuera, si el sentimiento de dolor constituyese algo *esencial* en la pena, deberia imprescindiblemente conmutarse ésta tan pronto como el criminal comienza á comprender que la pena es para él un bien *moral*, y con esto á sentirse obligado á agradecerla al Estado: es decir, cuando empieza á obrar eficazmente y á prometer los mejores frutos en la prosecucion de su fin: consecuencia que no puede evitarse, por más que encierre tan *notorio desatino*.

De aquí que jamás sea lícito al legislador ó al juez, al decretar una pena, dejarse extraviar hasta considerar tal ó cual suplicio corporal ó espiritual, una mortificacion, un dolor, como *lo esencial en aquella,* dirigiendo su intencion á producir el padecimiento del penado: pues imponer un padecimiento á cualquiera, con plena concien-

---

(1) V. págs. 217 y 218.

cia de ello, para hacerle mal, es y será siempre por más que se quiera adornarlo y embellecerlo, un acto de perversidad, una impiedad, mediante la cual, el Derecho, hollado y escarnecido, mal podrá restaurarse ciertamente, respondiéndose al mal con el mal y con la injusticia á la injusticia (1). El único fin *esencial* de toda pena justa, y al cual ha de sujetarse siempre el medio penal, es ejercer un influjo bienhechor sobre el ánimo del penado, en su pensamiento, sentimiento y voluntad.

Sólo cuando aquel torcido y desdichado carácter de la pena sea claramente reconocido como tal y *completamente abandonado*, concluirá ese Derecho penal enmohecido, propio de una edad bárbara, y amanecerá el dia de instituciones saludables y verdaderamente humanas en esta esfera, que correspondan á la civilizacion actual (2).

El mero presentimiento de esta verdad por nuestros contemporáneos ha suprimido ya las más de las consecuencias rigorosas de la antigua y salvaje concepcion de la pena como suplicio, los innumerables tormentos y atrocidades aplicados á nuestros hermanos culpables, y en que nuestros antepasados sólo veian penas merecidas y necesarias, haciendo ya hoy reinar casi exclusivamente las penas de libertad que, cumplidas de

(1) V. pág. 53.
(2) En el *Nuevo Archivo de Derecho criminal* (1850, núm. 17), hemos tratado esto más al pormenor.

una manera racional mediante el aislamiento, contienen manifiestamente el medio más adecuado al verdadero fin de la disciplina tutelar y correccion reparadora del delincuente, reducido á la condicion de menor.

Esta doctrina es la única en que puede apoyarse el juicio exacto y la necesaria reforma, conforme al espíritu del Derecho, de las mismas penas de libertad hasta hoy en uso, en su contenido y duracion: pues abraza (como en general el Derecho, á distincion de la moral) al hombre, y á sus actos y omisiones, ante todo, bajo el aspecto de su dependencia de muchísimas condiciones exteriores, partiendo de que aquel suele ser en general lo que le hacen las circunstancias externas, y por tanto el mal ejemplo, la ocasion, las tentaciones. El desfavorable influjo que todas esas circunstancias de la vida anterior del criminal han ejercido en el desarrollo de sus aptitudes corporales y espirituales—quizá, aun sin esto, poco felices ya de por sí—y especialmente de sus facultades de pensar, sentir y querer, explica á los ojos de nuestra teoría la falsa direccion que en él se ha producido y permite suponer que, bajo otras influencias opuestas, favorables y conformes al arte de la educacion, podrán tambien ser á su vez destruidas (1). Así quiere que la naturaleza y modo

(1) En lo capital, tiende á esto mismo la opinion de

de este influjo, ó en otros términos, de la pena, se determine de acuerdo con esto y con el espíritu del delito: por ejemplo, que en las tendencias sensibles, se prefieran reacciones sensibles; en las no-sensibles, reacciones espirituales; en los delitos habituales, reacciones duraderas (1); atendiendo empero tambien á la individualidad del culpable, para cuya manifestacion han de darse necesariamente todas las condiciones exteriores que sólo caben en el aislamiento.

Pero si la pena correccional es tan solo uno entre los varios medios jurídicos contra la injusticia, y si no debe esperarse la fecunda victoria del Derecho sobre ésta, más que de la orgánica aplicacion y cooperacion de todos esos medios, nace de aquí la ulterior exigencia para que la sociedad jurídica trabaje en el más ámplio círculo posible á fin de alejar todas las condiciones

---

F. Groos, cuyo supuesto determinismo no es más que el que necesita todo pedagogo y educador, si es que sabe lo que quiere, y al cabo tiene una base harto más sólida que la denominada—con propiedad—"libertad equilibrista" (por Romang, *Sobre la libertad de la voluntad—Ueber die Willensfreiheit*, 1835) y que el determinismo puramente materialista y frenológico, que hace poco se ha intentado resucitar. Aun éste mismo, tal cual lo explica G. de Struve, tiene un sentido incomparablemente más exacto del Derecho penal y de las atrocidades tradicionales, que el que permiten las teorías reinantes de intimidacion ó de retribucion.—Comp. nuestros *Principios de D. nat.*, II, § 120.

(1) Comp. *Res. de la t. de la coacc. psíq.*, núms. 8 y 9.

internas y exteriores de la injusticia, tanto impidiéndolas, como reparándolas; de modo que por todas partes se apoye la eficacia de las penas (1). La tentativa de delito, segun estos principios, lo mismo que los de la teoría de la prevencion (2), no puede castigarse más levemente, sino cuando y en tanto que indica una culpa realmente menor, esto es, cuando todavia el delincuente no ha hecho todo lo que pudiera para conseguir su intento contra el Derecho; debiendo entonces penársele tanto más suavemente, cuanto ménos se ha acercado su hecho á su completa realizacion: pues sólo en ésta se manifiesta por entero en su interior desarrollo la mala voluntad (3), que antes ciertamente puede existir, pero no á los ojos del juez humano (4), al cual jamás es lícito sin palmaria injusticia suponerla. Por el contrario, el que se logre ó no el propósito del criminal, en virtud de circunstancias independientes en un todo de su voluntad, (v. gr., por frustrarse, ya á causa del objeto, ya de los medios empleados) no puede en verdad hacerle más ni ménos peligroso y punible.

---

(1) Las diversas clases fundamentales de todos estos medios contra la injusticia, y su série gradual, se hallan sumariamente expuestas en nuestro escrito sobre la *Fundamentacion jurídica de la pena correccional*, 1846, página 23, etc.

(2) V. pág. 159.

(3) V. Krause, *Compendio de Der. nat. (Abriss des Naturrechts)*, pág. 185.

(4) V. pág. 160.

Esta doctrina, que halla la criminalidad—y por tanto lo que debe ser penado—sólo en la voluntad injusta manifestada, pone término de una vez á innumerables absurdos, contradicciones y dificultades tradicionales (1): por ejemplo, respecto de la penalidad de los delitos concurrentes, la distincion entre el autor y los cómplices y favorecedores, la instigacion y la conspiracion, el influjo del error tocante á persona ó cosa, al cual el hecho externo (pero no la voluntad) se referia, ó de la *aberratio ictus*, ó del error en el caso de aquel que, con la mejor intencion, causa un mal (cuya culpa, pues, consiste en la irreflexion, principalmente): de cuyos casos se hallan ejemplos, v. gr., en el homicidio de un enfermo de muerte, ó en el de quien consiente en sufrirlo, ó en los delitos políticos, etc. (2).

Únicamente de esta suerte se explican y justi-

(1) Los más de estos males los hemos puesto en claro hace muchos años en nuestro detallado exámen, tantas veces ya mencionado, de los *Ensayos de Derecho penal, etc.*, de A. Bauer (*An. de Heidelberg*, 1843). Pero ha sido más cómodo, para evitar el dejarse turbar con semejantes explicaciones desagradables, no hacer de ellas caso alguno y atenerse con la mayor tranquilidad á la antigua rutina.

(2) Ya el Código nacional prusiano (II, 20, § 833) aspira á penar los casos primeramente mencionados sólo como efectos de imprudencia, y ciertamente hay en ellos una voluntad muchísimo ménos injusta. Otro tanto acontece en la gran mayoría de los delitos políticos. Sólo así se explica la profunda diferencia que entre ellos y los delitos comunes establece la opinion pública.

fican bastante muchos otros principios, que hasta hoy se han abierto camino en la vida bajo el mero presentimiento del Derecho, pero á costa de la consecuente aplicacion de los errores penales dominantes: v. gr., el castigo del delito continuado como si constituyese *uno sólo*, la agravacion de la pena en los delitos cualificados, la distincion entre el asesinato y el homicidio impremeditado ó causado por imprudencia, entre la tentativa de homicidio y las lesiones corporales, etc.; el influjo del libre desistimiento en la tentativa, el del arrepentimiento manifestado por la restitucion voluntaria de los objetos robados, la prescripcion de los delitos y aun de las penas (á causa de las mayores probabilidades que el largo tiempo trascurrido dá de haberse logrado ya la enmienda), la re-educacion (hoy casi generalmente admitida) de los criminales de corta edad en instituciones correccionales y reparadoras; por último, la progresiva supresion de aquella antigua clase de penas que precisamente contrarían la enmienda, ó la dificultan grandemente, si es que no la hacen imposible; con otros muchos particulares todavia.

Por ser la pena correccional la única que responde en un todo á las exigencias de la justicia, dá el más irrefragable testimonio de que el verdadero Derecho promueve esencialmente el cumplimiento de todos los fines racionales del hombre y de la sociedad humana, esto es, de todo bien,

concertando por completo, en su propia base y forma puramente jurídicas, con las enseñanzas de la Religion, la Moral y el Arte político (1); y mostrándose al cabo, sin necesidad de afanarse para conseguirlo, incomparablemente más provechosa bajo todos respectos que las penas de cualquiera de aquellas teorías, que, si bien se proponen como fin especial, y con la mayor parcialidad y arbitrariedad, tal ó cual utilidad exterior, ajena por entero—si no contraria—á la justicia, ven frustrado su intento de todo punto, ó com-

(1) Comp. nuestros escritos: *Princ. de D. nat.*, I, página 106, y *La reforma de las prisiones mediante el aislamiento*, pág. 8, etc.—Sólo desde estos últimos puntos de vista se habian hecho ya en tiempos anteriores muchas consideraciones atendibles en este sentido, pero sin fundarlas suficientemente en rigorosos principios de Derecho: lo cual era tan imposible, partiendo del concepto de Kant y Fichte, hasta hoy reinante—á pesar de las varias formas con que se le disfraza—como lo era fundar el derecho respecto á la tutela ó á la educacion. Aun las mismas explicaciones de Möhl, en medio de muchas observaciones y presentimientos acertados, carecen, segun sus propias premisas, de todo carácter científico: pues para él, que reputa el Derecho como un mero sentimiento, no como un concepto (V. su obra *El fin de la pena*, 1837, pág. 135), ningun *saber* ni ciencia jurídicos pueden existir. Así tenia por necesidad que dejar en completa y nebulosa indefinicion la relacion del Derecho á la moralidad, manteniéndose, no obstante, libre de la usual reduccion del Derecho y el Estado al aspecto puramente externo del hombre y la vida humana: la más fria y mortal de todas las abstracciones en que, desde que Fichte la llevó al mayor extremo, han quedado enredadas tantas y tan claras inteligencias.

pran su éxito á expensas del criminal y su derecho.

Hallando esta doctrina el fin de la pena, lo mismo que su fundamento y razon, en el delincuente mismo, no se la aplica sino á causa de él y por tanto sólo *tal* como la ha merecido efectivamente por su delito real y verdadero. Ó en otros términos: aspirando á cooperar á la restauracion de su voluntad que se manifiesta mal inclinada, hace, por lo mismo, cuanto jurídicamente cabe para poner á salvo á la sociedad en lo por venir: pues ofrece de esta suerte, no sólo al criminal, sino á todos, en el caso de reincidencia ó imitacion de aquel delito, la misma espectativa de la pena. Pero aunque la justa aplicacion de ésta se convierte por sí propia en bien mediato para los demás y para la sociedad toda, interesada en ella, jamás cae—como las antiguas teorías de intimidacion, y la del mismo Feuerbach—en la injusticia de castigar al delincuente, ya en vista de los delitos cometidos por otros, ya de los que puedan cometerse en adelante, es decir, de rebajarlo y degradarlo por tantó á la condicion de simple instrumento para amedrentar á los demás. La pena correccional dá á la justa disposicion de la voluntad de éstos un apoyo exterior, no ciertamente por el miedo que despierta la contemplacion del mal trato y de los padecimientos de todo género arbitrariamente impuestos al criminal para que

sirva de ejemplo y escarmiento; sino por la impresion, siempre eficaz, aunque imposible de determinar *a priori*, que la ejecucion de las penas, siendo justas, causa en otros por su aspecto exterior, esto es, por todos aquellos perjuicios jurídicos y restricciones de la libertad que van inevitablemente unidos á la temporal tutela y como expulsion *(excommunicatio)* del penado de la libre vida social: medios que no pueden excusársele—si es que se le debe ayudar á entrar en mejor camino—habiendo sido él mismo, exclusivamente, quien los ha merecido.

La teoría correccional no incurre en la palmaria contradiccion de querer alcanzar la seguridad del Derecho, la defensa y conservacion del Estado, el mantenimiento y restablecimiento en su caso del órden jurídico en la sociedad, hollando el derecho de sus miembros, mediante una nueva injusticia que se añade á la ya cometida por el delincuente; como si una injusticia—¡vana ilusion!—pudiera destruirse, esto es, repararse ni impedirse, con otra igual ó semejante, y no por medios puramente justos.

Lejos de empeñarse en devolver mal por mal al trasgresor, ó lo que es igual, en imitar fielmente su conducta, cuando no sobrepujarla, se atiene rigorosamente al Derecho, aun para con él; no haciéndole sino justicia al imponerle la pena que ha merecido (cumplirle su derecho), en cuan-

to ésta se refiere puramente al restablecimiento de la perversion manifiesta y consiguiente peligro de su propia intencion y voluntad, y atemperándose á esta lesion interior real y positiva, sin pretender—como la teoría de Welcker—la compensacion imposible de daños por completo indemostrables, y á veces irreparables además de todo punto.

De esta suerte se cumple moral y jurídicamente cuanto es lícito y puede concebirse para dar digna y plena satisfaccion, no sólo á aquel que ha podido ser quizá inmediatamente perjudicado por el delito, y que es el más herido é irritado contra su autor, sí que tambien y siempre á la sociedad jurídica, alarmada y ofendida, sin ceder por esto de modo alguno á afrentosa sed de venganza, sino exclusivamente al fin de restaurar en su fuerza y vigor el principio de toda vida jurídica: la ley, que así aparece por necesidad á todos los ciudadanos y al penado mismo como sagrada é inviolable en cualesquiera circunstancias.

Nada hay á los ojos del criminal, igualmente que á los de todo el mundo, que pueda inspirar tan alto respeto y obediencia al Estado y su ley, como la conviccion general de la justicia interior de una pena que no aspira á la inmoral retorsion de *un mal por otro mal*, sino á su reparacion mediante el bien (única expiacion y satisfaccion bastante), restaurando real y efectivamente la injus-

ticia hasta donde quepa, y por tanto aun en su profunda raíz, merced á la reforma del delincuente; no pues de su destruccion, ni de su perpétua expulsion de la sociedad, ni siquiera de su perjuicio y empeoramiento moral y físico (1).

Nada tampoco puede restablecer y fortificar tan fundamentalmente el respeto á la ley y la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica perturbada, como la correccion casi indudable de la voluntad, injusta y peligrosa hasta entonces, del mismo reo á favor de una disciplina penal sábiamente calculada y planteada: correccion que produce, segun es fácil advertir, tanto bien para la sociedad—y exactamente en la misma medida—cuanto para el espíritu y el cuerpo del criminal. Sólo cuando ya se ha logrado traerlo de esta manera á un sincero y leal arrepentimiento y á una enmienda enérgica y decidida, puede reputarse verdaderamente expiada su culpa, borrada del todo su mancha y destruido el mal ejemplo de su hecho por el de su regreso al bien y la justicia (2).

El inmediatamente ofendido por el delito pue-

---

(1) V. *Res. de la t. de la def.*, n. 5.

(2) *Res. de la t. de la rep.*, n. 4.—*Conc. Trid.*, *sess.* 24, *c.* 8. *de reform.*—"*ut quos exemplo suo ad malos mores provocavit, suae emendationis testimonio ad rectam revocet vitam.*"

Cuán acertados presentimientos tenian á veces nuestros mismos antepasados, se muestra ya en las palabras

de entonces perdonar y perdonará al ofensor; éste recobrará su propia estima y confianza, como las de sus conciudadanos, que le reciben de nuevo en su libre comunion y sociedad, y que deben ciertamente salirle al encuentro por do quiera, tenderle la mano, en vez de retirársela, y aun antes de terminar su condena, como despues, protejer ya con todas sus fuerzas la obra de su enmienda, por medio de *Asociaciones para la reforma moral y proteccion de los penados*, facilitando por todos lados al que recobra su libertad (provisional ó definitiva) la prosecucion de una vida buena y justa, y procurándole vigilancia suave y respetuosa, amistad y consejo, ocasion de trabajo, auxilio, y en caso de necesidad, asilo seguro contra el infortunio.

Ante todo, ha de influirse sobre el criminal durante la ejecucion de la pena (tomada esta fra-

Busse y *Büssen (a)*, cuyo sentido radical y primero (segun Grimm y Benecke) así como su conexion evidente con *bass (bats)* y *batten (b)*, dice relacion á toda supresion de un mal, esto es, á toda *mejora (c)*, y por consiguiente, á reparacion, restauracion, liberacion, salvacion, redencion. De aquí que *Busse*, esto es, remedio, curacion, medicina, satisfaccion, mejora, se una muchas veces con esta última palabra en la expresion *Busse und Besserung (d)*; así como que se usara en tiempos atrás, para denotar una enmienda decidida y perseverante, la palabra *Thatbusse* (expiacion verdadera y efectiva).

(a) *Penitencia, expiacion, pago* (en francés *amende*, cuyo parentesco con *amendement* es visible); y *hacer penitencia, expiar, pagar* (la culpa) etc.—*(N. T.)*

(b) *Bass* es el adverbio positivo (anticuado) *bien*, de que proceden *besser* (mejor) y *best* (lo mejor de todo, óptimo).—*(N. T.)*

(c) En aleman *Besserung* y tambien *Bessern*.—*(N. T.)*

(d) *Penitencia y enmienda*, ó *mejoramiento*.—*(N. T.)*

se en su abstracto sentido usual y más estricto), ó sea, durante su prision, de conformidad con los principios del arte de la educacion y cultura, de modo que ninguna condicion le haga falta de las esenciales para facilitar su admision y regreso al libre trato social con sus conciudadanos. Sólo donde estas condiciones prévias existen, puede tratarse de *proseguir* la obra con esperanza de éxito; mientras que, en otro caso, serán vanos todos los esfuerzos de las *Asociaciones protectoras* para borrar la fundada desconfianza que á cada cual inspira el que sale de la cárcel, ya provisional, ya definitivamente, no como de una verdadera institucion de pena correccional, es decir, de una prision celular bien dirigida, sino antes bien como de una escuela para la mútua educacion y enseñanza en toda clase de vicios y delitos: que no otra cosa es cualquier establecimiento penal cuyos moradores están juntos durante el dia ó aun durante la noche (1).

---

(1) Comp. sobre esto especialmente nuestro trabajo: *La pena correccional y sus instituciones*, etc. (1864) y el de Füesslin: *Condiciones fundamentales de toda reforma de las prisiones en el sentido del aislamiento (Die Grundbedingungen jeder Gefängnissreform im Sinne der Einzelhaft*, 1865), del cual dá una idea sumaria nuestra Memoria: *Las prisiones á la luz de nuestra época* (en la *Rev. trim. alem.* de 1865, *(a)* entrega 2.ª), así como la de Dücpétiaux: *Réforme des prisons; systéme cellulaire*, Bruselas, 1865.

(a) Traducida por el Sr. Romero Giron é incluida en sus *Estudios*, que hemos citado en la pág, VIII.

Pero aun cuando en este sentido el regreso del penado al goce de su libertad exterior se prepare suficientemente, lo cual sólo mediante el aislamiento es posible, necesita todavia además en general, por más ó ménos tiempo, y para la transicion gradual desde la completa privacion anterior de esa libertad hasta su reintegro posterior y tambien completo en ella, un grado intermedio donde se asegure y sujete á prueba la reforma que haya podido experimentar en el tiempo de su tutela moral y jurídica, á fin de capacitarlo y ponerlo en estado de usar en adelante de su libertad rectamente. El complemento de esa primera y *rigorosa* tutela exige se prosiga ejerciendo, aunque esencialmente moderada y suavizada, por un patrono investido de los derechos correspondientes y elegido del seno de una de las mencionadas *Asociaciones protectoras* formadas para la vigilancia y devolucion á la sociedad y su trato de los criminales puestos en libertad. Trátase, pues, de que el Estado mismo se anticipe á todos en dar buen ejemplo de confianza en el renacimiento moral que debe haberse obrado en el reo, merced al procedimiento disciplinario y reparador que con él se ha empleado, reponiéndole—á lo ménos en el caso de libertad definitiva—en el goce de los derechos de que hasta entonces se ha visto en todo ó en parte privado; y no, por el contrario, suscitando do quiera obstáculos á la realizacion de sus buenos

propósitos, ya mediante una declaracion irracional de infamia perpétua, ya con una vigilancia mal entendida, depresiva é importuna por parte de la policía, que viene á ponerlo casi fuera de la ley, ya por otros resortes análogos. Antes bien, debe destruir todo impedimento de esta clase con el mayor celo posible, á la vez que ayudar la amistosa accion humanitaria de las *Asociaciones protectoras*, sujetando, v. gr., al antiguo penado, en lo tocante á la eleccion de ocupacion, á la inversion de su peculio, etc., etc., al consentimiento de su patrono ó protector, é imponiéndole en casos dados ciertas privaciones jurídicas, y aun en último extremo la vuelta á la prision, si su mala conducta manifiesta lo requiriese.

Pero jamás es lícito olvidar (por más que frecuentemente así acontezca, en virtud de una concepcion abstracta del Estado, enteramente propia del antiguo régimen tutelar y de policía y su omnipotente burocratismo) que la perfecta realizacion del fin de la pena correccional, como del de la beneficencia y tantos otros problemas *sociales*, no es asequible en manera alguna por sólo medios puramente jurídicos y sin la armonía y cooperacion ordenada del Estado con las demás esferas de la vida, y muy en especial con las que se consagran á fines morales y religiosos. Hasta el dia, poco, muy poco, se ha hecho en este sentido, ni siquiera para poner en viva relacion entre sí

las instituciones de Derecho y los establecimientos del Estado (v. gr., en los asuntos de beneficencia), sobre todo los penales, con los de dementes, con los asilos y casas de trabajo para los pobres, los reos cumplidos, etc. Ni aun la íntima conexion de los dichos establecimientos penales con la administracion de justicia es todavia hoy claramente conocida ni estimada en toda su gravísima trascendencia; hasta el punto de que sólo en casos muy excepcionales llega á saber el juez el efecto de la sentencia que dictara. Otro tanto acontece con la accion de la policía judicial en relacion con la de los tribunales; con la vigilancia de los criminales despues de cumplidas sus condenas, vigilancia más racional que la ejercida hasta ahora por la policía, etc., etc. (1).

No es de ménos importancia que se acabe de entender al fin que la única garantía firme y valedera de la curacion moral del reo, sin provocar insensatamente la temible reincidencia, ha de buscarse en la libertad *condicional* en medio de la sociedad y su comercio; no ni nunca en la sujecion á la comunidad de vida, en tal ó cual forma, con otros antiguos compañeros de prision. La inclinacion tan frecuente en pró de este último regreso del criminal al trato de sus antiguos compañeros, cosa extremadamente perjudicial y corruptora,

(1) Véase una larga nota sobre esto en el § 30.

se explica porque estamos tan acostumbrados á él, en tal ó cual forma, que no podemos ya concebir su completa supresion. Esto se ve sobre todo en muchísimos empleados de los antiguos establecimientos penales, y á ello en primer término debe manifiestamente el llamado *sistema irlandés* (1) tocante al cumplimiento de las penas, el éxito y propagacion que ha encontrado.

---

(1) Este sistema, introducido en Irlanda por Walter Crofton, si se prescinde del ligero preludio de una pretendida y torpe separacion *(Trennungshaft)*, con el fin de intimidar y quebrar—como dicen—la voluntad, no es más ni ménos que una nueva forma del antiguo sistema de prision en comun, tanto tiempo há desechado por todos los hombres competentes como enteramente pernicioso é insostenible, segun hemos demostrado en otros lugares (especialmente en nuestro trabajo sobre la *Ejecucion de las penas*, núm. 4), sin que hasta hoy nadie nos haya sacado del error.

Por esto hemos visto con sentimiento dos Memorias de Mittermaier (en las *Hojas sobre la ciencia de las prisiones—Blätter fur Gefängnisskunde*—II, 2, página 103 etc., y en la *Rev. crítica trimestral*, 1866, entrega 1.ª), en que expresa su juicio sobre el que hemos hecho del "sistema irlandés" y de algunos de sus partidarios (Holtzendorff y van der Brugghen): pues aunque no debíamos contar mucho con su aprobacion, tampoco podíamos temer de quien, por lo demás, se habia declarado amigo del aislamiento, se pusiese en esta ocasion de parte de sus y nuestros adversarios (en los cuales no era de admirar ciertamente que calificasen de "apasionada" nuestra decidida reprobacion moral contra su proceder); ni ménos que llegase hasta motejar—si bien sólo indirectamente—de falta de "gravedad y dignidad" á un compañero de profesion, del cual sabe bien, no obstante, que, guiado (á diferencia de tantos otros) por profundas convicciones y harto distante de rendir culto á los ídolos del dia, ha consagrado su vida toda,

§ 30.

EXÁMEN DE ALGUNAS OBJECIONES CONTRA LA PENA CORRECCIONAL.

Gran parte de los argumentos que se han hecho á la teoría correccional constituyen un círculo vicioso, declarando *imposibles* (sin más prue-

---

con grave sacrificio, á la indagacion de la verdad y de los *principios* únicamente *decisivos* en la ciencia del Derecho. Comprendiendo que ni la ciencia ni la vida ganan cosa alguna meramente con dar vueltas alrededor de estos asuntos y producir observaciones aisladas, propias ó ajenas, sobre ellos, hemos claramente *mostrado* con toda exactitud y penetrando en las entrañas mismas de la cuestion, como nos parecia exigirlo la gravedad del asunto y la dignidad de la ciencia, la manifiesta incompatibilidad del llamado sistema irlandés con todo sano principio en punto á la ejecucion de las penas, y por tanto con el del verdadero aislamiento *(Einzelhaft)*—no el falseado—ó, como lo llama Mittermaier, con "el recomendado sistema de la soledad absoluta *(Isolirungssystem)*" (!), *único* que corresponde á estos principios; poniendo en claro por eso mismo todo lo perjudicial de aquel. Cuando, á pesar de esto, nos hace la objecion de que nosotros en el procedimiento irlandés no nos hemos limitado á desechar meramente algunas *particularidades*, como *él* (que no puede decidirse á romper por completo ni con el sistema de la comunidad ni con el diametralmente opuesto del aislamiento, y por esto defiende

ba) cosas que de ella *real y efectivamente* se siguen; otros están tomados de consecuencias *supuestas* que se le atribuyen; pero los más nacen

una solucion intermedia), esta censura injustificada por su parte aparecerá de seguro, á los ojos de toda persona despreocupada, tanto más sorprendente, cuanto que este mismo escritor no ha tenido una sóla palabra contra la vulgar manera, juzgada ya debidamente por críticos imparciales, como Holtzendorff la emprende con nosotros desde que hemos procurado frente á frente de él restablecer á la verdad en su legítimo derecho. No es la vez primera que hemos experimentado la exactitud con que Terencio ha dicho: *¡Obsequium amicos, veritas odium parit!* Por fortuna, podemos consolarnos con los muchos hombres de gran importancia y competencia en este asunto que concuerdan enteramente con nosotros, tanto respecto de la falta de principios y de consistencia del sistema irlandés *en general*—á pesar de algunos bienes que en él se mezclan y que no hemos desconocido—cuanto respecto del modo casi sin ejemplo con que se intenta presentarlo nada ménos que como una solucion *definitiva* al problema de las prisiones. Admiraria ciertamente á esos hombres ver que, ademas de la muchedumbre, tambien algunos inteligentes se han aturdido y caido en la red, ó como Hoyer, dejádose llevar á imitaciones lastimosamente frustráneas.—La atrevida confianza y vana ostentacion bibliográfica en que nuestro adversario se complace, junta con el modo despreciativo que se permite con todos, aun con los hombres más competentes y beneméritos, tan pronto como le molestan, apenas dejarian una sombra de duda á ningun juez verdaderamente imparcial *y que hubiese oido á ambas partes*, acerca de la incomprensible ligereza con que dicho señor, ante nuestras razones, desarrolladas una por una y paso á paso, ó bien se sale enteramente de la cuestion, ó bien, donde parece entrar en ella, sólo se hiere á sí propio, con inconcebible aturdimiento, como se ve al punto comparando atentamente los mismos pasajes que él cita. Por todo esto, no hubiéramos perdido una palabra siquiera en responderle, á no habernos obligado por lo ménos á rompér el silencio la extraña parcialidad de Mittermaier.

tan sólo de las ideas jurídicas reinantes, por demás estrechas, y de la completa nebulosidad que de aquí proviene sobre su relacion con las de mo-

Jamás se nos ha ocurrido (como se ha querido suponer) motejar de "charlatanería" á Crofton, que nos es personalmente desconocido y que nos han pintado como un hombre de la mejor intencion. Este nombre lo hemos aplicado tan sólo, y merecidamente, á aquel género de propaganda que, respecto á ensayos tan prematuros, junta la más imperdonable falta de conciencia y formalidad con una radical ignorancia de lo que es el aislamiento, y que no pocas veces intenta compensar la carencia de razones por medio de saltos ilógicos ó de chistes vulgares. Por lo que concierne á la conducta de Crofton, en vista de su larga y contínua omision de las más decisivas circunstancias y noticias estadísticas, podríamos suponerle, al igual que á tantos otros, el intento de ocultar lo que hay en su "sistema" que no gana con exponerse á la luz; pero queremos no obstante creer de buen grado que en esto entran en juego ilusiones semejantes á las que hemos hallado desde Obermaier en tantos sinceros y dignos funcionarios de ciertos establecimientos penales, aun de los peor dirigidos, tan pronto como trataban de hacer resaltar las particularidades verdaderas ó supuestas (v. gr., la division en clases, etc.) de sus prisiones. Jamás hemos padecido ciertamente de anglomanía, y ménos aún de *iromanía (a)*.

Ahora, tocante al "panegírico del señor de Holtzendorff" (como se ha llamado con toda propiedad á los *Estudios* de van der Brugghen, que el mismo Holtzendorff no ha vacilado en publicar), hemos procurado tan concienzudamente hacer valer todo lo que en su libro hay que merezca alguna consideracion siquiera, que de seguro ninguna persona imparcial podrá decir que lo hayamos juzgado *con dureza*, aunque esto hubiera sido tanto más merecido, cuanto que es obra de un hombre que ha creido lícito fallar de plano sobre el sistema del aislamiento sin conocer de él—por confesion propia—sino lo que

(a) *Iromanie*, manía en las cosas irlandesas.—(*N. T.*)

ralidad y Estado. Por esto quedan radicalmente contestados, tan luego como se pone de manifiesto la imperfeccion de esas ideas, lo cual no es ya necesario, habiéndolo hecho á satisfaccion en

pudo *ver* por sí mismo en *una* corta visita á una prision celular y *aprender* en un par de libros (cita uno del novelista Dickens y otro de Mittermaier). Todos los hombres competentes en Holanda están conformes en que las conclusiones de van der Bruggben en este punto son tan precipitadas y faltas de base como el ensayo "sencillamente risible" de Holtzendorff, para invalidar la autoridad de un Dücpetiaux y las convicciones de aquellos de sus compatriotas hace años íntimamente familiarizados con el problema de las prisiones y en especial con el del aislamiento, como, por ejemplo, Suringar, S. Cool (comerciante y diputado, convertido en jurisconsulto por Mittermaier), Ploos van Amstel, D. Nieuwenhuis, y otros, entre ellos el conde K. de Görtz, observador delicado; así como para tener por suficiente la oposicion del señor Grevelink, cuyo juicio sobre la introduccion del sistema irlandés en Vechta, segun habíamos previsto (comp. *An. de Heidelb.*, 1863, núm. 54, y Füesslin, *Condiciones fundamentales de toda reforma en las prisiones*, pág. 81, etc.), ha condenado el éxito.—Dücpetiaux mismo, que ha visto de cerca los establecimientos irlandeses (verdad es que *despues* de haber visto á satisfaccion "con sus propios ojos" y por espacio de cuarenta años otras 300 ó 400 prisiones y los trabajos forzados de los penados en toda clase de obras públicas) dice á este propósito: "El pretendido sistema irlandés no es más que un expediente, ni ofrece base alguna sólida para una organizacion regular y definitiva. Todo aquello es muy bonito en el papel y visto de lejos; pero, de cerca, sus defectos resaltan aun para el ojo ménos experimentado. Así, en Bélgica, nos preocupamos muy poco de esos imperfectos ensayos; y persistimos y progresamos en la senda á que nos han conducido los verdaderos principios."—Al voto de otros testigos intachables (v. el juicio de nuestros escritos sobre *La ejecucion de las penas* y sobre *La pena correccional* en *La Justicia (Gerichtsal)* nú-

otros lugares. Únicamente podemos y debemos aquí señalar, desde el punto de vista del sentido comun, aquellos vicios de los argumentos usuales que resultan de todo lo precedente (1).

Principalmente se dirigen á esta teoría los siguientes cargos:

1.° "De no aspirar, como aspira la teoría de la prevencion, á impedir *todos* los delitos *posibles*, sino sólo á amparar al órden jurídico contra *algunos* de sus perturbadores, á saber, los reales y *efectivos*."

---

mero de Noviembre de 1865; el publicado en la *Revista* de Fichte y Ulrici, 48, 1, pág. 192; el de Füesslin en sus *Condic. fund. etc.*, págs. 66, 67 y siguientes; el del *Corresponsal hamburgués—Hamb. Korrespondent*, 14 Febrero 1863) y que opinan, así sobre el *fondo* del asunto como sobre la *forma* de discutirlo, de un modo *diametralmente opuesto* al de Mittermaier, añadiremos todavia las siguientes palabras de una carta de uno de los hombres más distinguidos y competentes de Alemania, y que más se interesan por esta cuestion de las prisiones. "El juicio sobre Brugghen que ha publicado usted en la *Rev. crítica trimestral* de Munich *(Münch. krit. Vierteljahrschrift)* me ha complacido mucho y satisfecho por completo. Nadie ciertamente podrá tacharlo de poco suave. He visto, por el contrario, con el mayor gusto la convincente serenidad y templanza con que ha evitado usted hacer notar la vanidad que hay en entonar sus propias alabanzas, como ha hecho H."

(1) Contra las más de estas objeciones hemos ya expuesto todo lo necesario en nuestros trabajos *Fundam. jur. de la pena correcc. (apéndice)* y *Ejecucion de las penas* (pág. 282, nota **). Otras quedan todavia, tan abiertamente contradictorias y absurdas, que no hay para qué perder el tiempo en contestarlas, por lo ménos tratándose de adversarios sérios y sinceros.

Cierto, se halla muy distante de querer calcular la pena inmediatamente segun ese fin demasiado extenso y comprensivo, habiéndose mostrado ya el error y esterilidad de semejante intento, segun el cual se habria de determinar en rigor la medida de la pena por otro criterio que la de la culpa del delincuente (1). Antes bien, en lugar de querer guiarse por posibilidades indefinidas, se resigna á ceñirse á la injusticia interior real y efectiva de un determinado hombre, manifestada por sus propios hechos, para repararla hasta donde quepa: de modo que, al extirpar la raíz del mal, aspira *á la vez,* y por lo mismo, á cegar la fuente de ulteriores delitos por su parte, cooperando así en general tambien en pró de la seguridad del Derecho (2).

2.° «Que, segun ella, debiera ser punible toda inmoralidad, ó á lo ménos, toda infraccion jurídica.»

Pero una teoría que no se ponga franca y llanamente desde luego fuera del Derecho, no puede ménos de reconocer que la inmoralidad, *meramente como tal,* jamás entra en el dominio del órden jurídico del Estado, sino sólo cuando y en tanto que encierra notoriamente una injusticia, esto es:

---

(1) Comp. *Res. de la t. de la intim.*, núms. 6, 7 y 15; *de la coacc. psíq.*, núms. 3 y 4; *de la prev.*, núms. 4 y 5.

(2) Comp. nuestro trabajo sobre la *Ejecucion de las penas*, pág. 57, nota; y los *Res. de la t. de la repar.*

únicamente como *intencion anti-jurídica,* contraria al deber de Derecho; y aun esto, sólo cuando y en tanto que se ha hecho exteriormente visible en su manifestacion, aunque sea mediante la más remota tentativa (pues *in maleficiis voluntas spectatur* (1), *non exitus*), é indiferentemente además de si la intencion injusta manifestada infringe tambien el derecho evidente de tal ó cual individuo, ó *sólo* el órden jurídico en general (2).—En este caso exclusivamente es cuando el Juez exterior puede determinar la justa consecuencia de la injusticia, imponiendo una privacion jurídica, una pena; no, pues, en vista de la mera intencion pervertida. *Cogitationis poenam nemo patitur.*

Pero el hecho incompatible con el Derecho, aunque no provenga de una direccion consciente de la voluntad contra éste (de un mal propósito), sino de negligencia ó ideas erróneas y aun de una cierta buena intencion, no por esto cesa de ser malo é injusto, como tampoco sus móviles pueden llamarse verdaderamente buenos y morales (3). Lo

(1) Comp. *Res de la t. de la prev.*, n. 2.

(2) Todo delito ha de contener naturalmente una injusticia, en el último sentido á lo ménos: lo mismo si se designa esta perturbacion con Hepp y otros como una "accion peligrosa en general", que si se la juzga con Stahl como una "insurreccion contra el órden divino" (que él pretende en vano distinguir rigorosamente de las faltas contra las adiciones puramente humanas á ese órden.)

(3) Comp. nuestros *Princ. de D. nat.*, I, pág. 111, etcétera.

propio de la pena es retrotraerse, en toda injusticia producida, á su fuente: pues que, así como ni el Derecho ni su órden cabe que sean concebidos como algo *puramente exterior* (mecánico, material, palpable), así tampoco su trasgresion: palabra que es ya una expresion figurada para significar una accion contraria al Derecho y su deber (1). Tanto el Derecho como su órden, nada tienen, pues, que ver en manera alguna meramente como el hombre externo, esto es, con su conducta exterior, siendo como son el hombre externo y el interno un todo invisible (2), y conteniendo la frase *accion puramente exterior* una contradiccion en el predicado: ya que únicamente la manifestacion de algo interior convierte en *accion* un *acontecimiento*, y sólo por eso interior puede estimar-

(1) V. nuestros *Princ. de D. nat.*, I, pág. 31, nota 1.ª

(2) Cuantos se han apoyado en esta verdad han aventajado por eso en extremo á Kant y Fichte. Citaremos entre muchísimos ejemplos, dos tan sólo. Hepp (*Necesaria reforma de las penas de libertad—Die nothwendige Reform. der Freiheitstrafen*; 1847, pág. 5) dice: "Ningun buen resultado podia corresponder á esperanzas quiméricas, basadas en la ilusion de poder obrar sobre el hombre externo, sin tocar al interno;" y Engelken (*El sist. penal pensilvaniano—Dans pennsylv. Strafsytem*; 1847, página 7, etc.) añade: "Si en el juicio de lo concerniente al hombre se procediese siempre desde *todo* este, sin que al distinguir en él el elemento exterior y el interior, el cuerpo y el espíritu, se perdiese jamás de vista su total unidad, se partiria de un punto de vista enteramente recto y acertado" etc.—Sobre la trascendencia suma de esta exacta concepcion, compárense nuestros *Princ. de D. nat.*, II, pág. 59, etc.

se el mérito ó demérito moral del hecho externo, ó el mérito y la culpa, como se dice.

De igual suerte, pues, que no se concibe una vida jurídica interiormente sana sino á la par como un órden moral ó jurídico de la voluntad, esto es, como un órden exterior de cosas que no esté enfermo en su raíz, ó con otras palabras, cuyos órganos no se hallen moralmente enfermos (faltos de intencion justa, ó aun pervertidos en la intencion injusta), nadie negará tampoco que el Estado puede y tiene que exigir de cada uno de sus miembros que tome la ley jurídica por regla de su *voluntad;* y todos convendrán á lo ménos en que la ley penal es una ley para la voluntad y en que la pena debe obrar sobre ésta para volverla al Derecho (1). En consecuencia, no cabe estimar *completamente* restablecido el órden jurídico, tan luego como se ha reparado el daño exterior causado contra Derecho, ni porque cualquiera, impulsado por motivos impuros y sensuales (v. gr., el temor) y sólo de un modo relativo, á saber, hasta donde estos motivos alcanzan, se decida á no cometer delitos, guardando una conducta justa á *medias,* meramente conforme en lo exterior á la ley. De aquí la imperfeccion de todas las teorías penales que desde un principio sólo se han *propuesto* lograr esta *semi*-curacion y enmienda, impedir las

(1) V. *Res. de la t. de la prev.* núms. 8 y 9.

ulteriores *manifestaciones* de la mala intencion; pero no producir intencion verdaderamente moral y justa (la rectitud), de la cual, sin embargo, resulta únicamente *en todas circunstancias una conducta ajustada* al Derecho. Difícilmente puede concebirse nada más desacertado que apuntar deliberadamente mucho más abajo del blanco, en lugar de tender á dar en éste: que ya, sin necesidad de proponérselo, se yerra hartas veces por desgracia. Por otra parte, nadie ha podido indicar todavia cómo haya de obrar el Estado para, *sin pretender* la correccion completa, producir tal efecto, que á lo ménos todos y cada uno, sin hacerse hombres de bien, respeten la ley en adelante; y lo infrúctuoso de las simples amenazas y advertencias, aunque se conviertan los Códigos penales en libros populares, se halla hoy ya fuera de toda duda.

Así como la inmoralidad é injusticia de la intencion (fuente de donde provino el determinado delito que en cada caso se considera y de donde es probable que en lo futuro provengan otros semejantes) constituye la culpa jurídica, así tambien la destruccion de aquella, ó en otros términos, la correccion, sólo puede extirpar esta culpa hasta donde cabe; y procurar *las condiciones* (1)

(1) Abicht (*Nuevo sistema de Der. nat. deducido de la Humanidad—Neues System eines aus der Menschheit entwickelten Naturrechts*, 1792, pág. 30) dijo acertada-

á este fin necesarias, es la mision peculiar de la pena en el Derecho, la cual por tanto, lejos de inmiscuirse en la esfera puramente moral, pertenece, por el contrario, á la de los *derechos relativos á la moralidad* (1).

El penado tiene que dejarse aplicar todos los medios jurídicos de que es lícito esperar un provechoso estímulo é influjo en la modificacion de su sentido (2); lo mismo que el niño á quien en caso de necesidad se obliga á ir á la escuela:

---

mente: "Todos los medios penales aplicables á una persona, pueden sólo reputarse justos y prudentemente elegidos, cuando de hecho son tales *medios* para producir en ella la clara conciencia de la medida de su culpa probada (ó de su demérito) y con esta conviccion, el propio y verdadero sentimiento penal."

(1) V. nuestros *Princ. de D. n.*, I, pág. 125, y *La pena correc.*, pág. 18.

(2) Comp. Rotteck (*Tratado de Derecho racional—Lehrbuch d. Vernunftr.*, III, pág. 218.)—Sólo quien no ve todavia claro en la relacion del Derecho con la moralidad, puede dudar de la obligacion jurídica del delincuente de someterse á la pena justa, aunque esté, como debe estar, calculada para su educacion y moralizacion, de un modo semejante á la correccion pedagógica del niño, al cual tampoco es raro oir decir: "yo no quiero ser bueno." Pero nadie hasta hoy ha tenido la ocurrencia de afirmar que corresponda á la voluntad irracional del menor decidir sobre *si* ha de ser ó no educado y dirgido, y *cómo*; lo cual vale respecto de *toda* clase de incapacidad, tutela y educacion, incluso la pena.

Es evidente que la llamada pena, en estricto sentido (v. gr., la reclusion en una casa correccional), en el concepto de una disciplina de la vida con ánimo de enmendarla, de una *segunda educacion (a)*—idea y palabra que

(a) *Nacherziehung*, post-educacion, re-educacion, educacion ulterior.—*(N. T.)*

porque todos están interesados en que tanto uno como otro se sirvan efectivamente de su derecho á ser educados é instruidos, aunque ellos frecuentemente no lo quieran, mientras desconocen el valor de estas cosas para su propia vida.

Si segun se ha dicho, la primera y capital razon jurídica de la pena se halla siempre en la *intencion* manifestada é incompatible con el Derecho y su Estado, no en el *peligro* en que esta intencion pone á la *seguridad* general (por la verosimilitud consiguiente de otros delitos iguales

---

halla cada vez más general acogida—coincide plenamente con el procedimiento de los establecimientos administrativos y de policía, donde se obliga á ciertos trabajos á los vagos y gente peligrosa de mala vida, á los mendigos y aventureros; ó el de los asilos para la juventud abandonada y los delincuentes de corta edad (con ó sin discernimiento); ó de ciertas *reformatories* destinadas tambien á veces al cuidado de los antiguos criminales puestos en libertad. Precisamente por esto falta aún en la legislacion, y más todavia en la vida, una exacta determinacion de estas diversas instituciones. La distincion principal está verdaderamente en que en las últimas se entra por mandamiento de autoridades *extrañas al poder judicial*, y en que este mandamiento *puede modificarse posteriormente*, lo cual *hasta hoy* no acontece con la sentencia del juez.—En todos esos casos existe una privacion temporal de la libertad personal gozada hasta entonces y de la cual se ha abusado, y por tanto *un cierto género de tutela*, sea ó no grata y deseada, como medio no ménos correspondiente á la necesidad (y aun á la seguridad *tambien)* en estas ocasiones, que en las enfermedades mentales ó en la prodigalidad judicialmente declarada. Pero sólo en el caso de intencion propiamente criminal y opuesta al Derecho, claramente manifestada, es la pena el remedio que ha de aplicarse.

ó semejantes, en tanto que subsista y obre dicha mala voluntad), resulta de aquí la falsedad de la afirmacion de que deban quedar impunes todos aquellos delitos cuya repeticion no cabe temer ó aun es de todo punto imposible segun las leyes de la naturaleza, por referirse á relaciones únicas en su género, como acontece, v. gr., con el parricidio. Grolman, en su *teoría preventiva,* no ha reconocido por completo y en toda su luz esta verdad, y por eso no supo contradecir eficazmente aquella afirmacion (1).

El límite exacto entre la simple infraccion de Derecho (2) y el delito ó falta, así como entre las consecuencias jurídicas de la primera (las llamadas «privaciones jurídicas») y las del segundo (las penas, en estricto sentido), ni en esta teoría, ni en ninguna otra puede señalarse sino aproximadamente, considerando todas las condiciones é ideas reinantes que existen en cada determinado lugar y tiempo.

Pena, *propiamente dicha,* sólo la merece siempre aquel modo de obrar que atestigua una intencion hostil al Derecho y su órden, *directamente encaminada contra él* (deliberadamente injusta), á distincion de cualquier otra desviacion

---

(1) V. pág. 148.

(2) *Die einfache Rechtsverletzung*, lesion jurídica á que no puede el Estado aplicar verdaderas penas; *Verbrechen*, delito; *Vergehen*, falta.—*(N. T.)*

del Derecho (la simple (1) accion no justa): pues contra aquella intencion es contra la que no puede obrarse con esperanza de éxito por sólo que la ley, en vez del provecho que el agente esperaba, le imponga, por el contrario, ciertos perjuicios mayores ó menores; necesitándose para lograr buen resultado una accion especial más íntima y duradera, verdaderamente educadora y reformadora, que influya por grados sobre el modo total de pensar y sentir que ha servido de base al delito.

3.° «Que nada tiene derecho, incluso el Estado, para educar y corregir á los hombres por medio de la coaccion, lo cual es además imposible.»

Para admitir este aserto, demasiado aventurado, es menester recordar que, si fuese verdadero en sus dos extremos, caeria por su base la posibilidad moral y jurídica de toda educacion. En todo caso, el Derecho penal, lo mismo que el que se refiere á la educacion y á la tutela, no puede deducirse en manera alguna de las doctrinas jurídicas hasta hoy reinantes; sino únicamente de un superior concepto y principio de Derecho, segun el cual éste exija *prestaciones* tambien: no simples *omisiones* en las relaciones de los hombres entre sí.

(1) *Zum Unterschied..... vom einfachen Nichtrecht oder Unrecht* (sinrazon, no-justicia, no-derecho), dice el autor.—*(N. T.)*

Pero si es cierto que no cabe informar y modelar al hombre interior (ni por consiguiente enmendarlo y mejorarlo) directa é inmediatamente desde fuera, requiriéndose siempre para esto, como elemento fundamental y esencial, su propia cooperacion, lo es igualmente que, segun ya (1) se ha mostrado y lo enseña y confirma la experiencia diaria, cabe ejercer *mediatamente* un influjo hasta poderoso sobre todo su espíritu, y por tanto sobre la determinacion de su voluntad moral, aun por parte del Estado; no en verdad *únicamente* por los medios negativos de la coaccion y la restriccion de la libertad, pero sí en tanto que estos medios sirven en cierto modo de base para toda una série de medidas realmente positivas y moralizadoras, ó en otros términos, para el eficaz auxilio de una vigilancia, consejo y guia constantes y encomendados á personas competentes é inspiradas de sentido racional humano.

Si el nuevo estado y órden total de vida en que se coloca al penado (al principio, contra su voluntad) corresponde á sus verdaderas necesidades; si se le mantiene en esa situacion, no para atormentarlo, sino exclusivamente para alejar de él todas las anteriores influencias perjudiciales, y en particular las que provienen de las malas com-

(1) V. *Res. de la t. de la coacc. psíq.*, núm. 8, *y de la t. de la prev.* núm. 7.

pañías; y si entretanto se le dirige saludablemente, sobre todo mediante el trato con hombres rectos, no puede por ménos de entrar al cabo en su conciencia, reconociendo cuán provechosa le ha sido aquella mudanza de vida, conformándose agradecido con ella y prestando en consecuencia de buen grado toda su cooperacion: v. gr., ejecutando *voluntariamente* su trabajo, que así pierde el carácter de obligacion forzada.

Entonces tampoco se verá el criminal cruelmente defraudado, cuando, en virtud de una enérgica excitacion de su conciencia que comienza á despertar, clama él mismo por el remedio eficaz de la pena para salvar su alma, entregándose á la justicia y confesando abiertamente su delito, pues hoy, lejos de asegurársele de este modo el bien moral que anhela, un benéfico auxilio para reconciliarse consigo propio (ó como dice Henke: «con su espíritu protector») y con la sociedad por medio de su arrepentimiento y enmienda sinceros, no se hace, por el contrario, más que dificultarle el regreso al cumplimiento de su destino, cuando no se le hace imposible, proporcionándole sólo un mal, ora arrastrándolo al cadalso, ora atormentándolo de mil modos, ora desmoralizándolo más todavia con encerrarlo en detestables prisiones.

4.° «Que el fin de la enmienda supone *susceptibilidad* y *necesidad* de ella.»

Difícil es concebir cómo puedan hacer esta ob-

jecion aquellos que, partiendo desde el punto de vista de la intimidacion, guardan no obstante completo silencio sobre la *susceptibilidad* y *necesidad* de esta intimidacion, que evidentemente suponen de igual modo.

Por lo demás, respecto á la *posibilidad* de enmienda, es incontestable que aun el hombre más corrompido y degradado continúa siendo hombre, esto es, un sér en el cual jamás se extingue del todo el divino destello de la razon, eternamente capaz de infinito desarrollo; sin que sea lícito por tanto dudar de esta perfectibilidad mientras viva (1). Antes, si el problema se comprende bien y no se perdona medio ni esfuerzo alguno para alcanzar el buen fin propuesto, se logrará sin duda, si no todo cuanto fuera de desear, á lo ménos tanto, que bastará á recompensar aquellos esfuerzos, obteniéndose siquiera la inclinacion y disposicion de la voluntad en pró de la legalidad exterior. ¿Cabria imaginar cosa más irracional, en éste como en cualquiera otro asunto, que no hacer absolutamente *nada*, so pretexto de que no puede conseguirse *todo*? ¡Como si la accion del hombre fuese en caso alguno más que una obra fragmentaria, una aspiracion, un esfuerzo! *Perfectamente* bueno, nadie lo es y nadie lo será: ni el delincuente, ni otro cualquiera; *mejores*, todos pueden

---

(1) Comp. *Res. de la t. de la propia conserv.*, núm. 3.

serlo, unos más que otros. Negar este principio respecto de los criminales, equivale á afirmar què nada humano tienen, ningun gérmen ni facultad de los que abraza nuestra naturaleza; que son verdaderos mónstruos, en todo el rigor de la palabra. Corregimos con esto el error del Creador (1), que les hizo nacer con el sello de la Humanidad y con aptitud y destino de vivir como hombres entre sus semejantes; negándoles lo cual, nos arrogamos la censura de la Divinidad y trastornamos soberbios el órden superior de las cosas. Para no incurrir en este imperdonable crímen, tenemos que procurar por todos los medios justos mejorar al delincuente, á lo ménos hasta donde nos sea posible. Quien otra cosa nos recomienda, bajo la cómoda excusa de una incapacidad absoluta de correccion, nos debe en todo caso la prueba (quimérica) de su dicho. Es de todo punto inconcebible que un penado sea completamente inaccesible y refractario hasta el extremo de estar resuelto á no mostrarse hombre, ni mejorarse en *ningun* respecto: afirmacion que tiene su base principal en la indiferencia y la pereza y en el hecho de no haberse ensayado todavia el único procedimiento acertado para con el criminal.

Por lo que concierne ahora á la *necesidad* de la enmienda, en el ámplio sentido de la palabra.

(1) V. pág. 182.

existe siempre allí donde se halla una inmoralidad cualquiera, aunque consista sólo en pensamientos pecaminosos; pero de ningun modo cabe sostener otro tanto (segun se (1) ha mostrado) si se toma esta frase en su acepcion estrictamente *jurídica,* como equivalente á punibilidad (necesidad de pena), significando aquel estado *manifiesto* de la voluntad *hostil al Derecho,* para cuya reforma aparece *necesario* el auxilio exterior de la Sociedad jurídica, ó en otros términos, el cumplimiento de todas las condiciones exteriores para el próspero curso de la curacion de aquella enfermedad moral; si bien ciertamente no puede negarse la *posibilidad* de esta curacion aun sin tal auxilio externo, ora á consecuencia de movimientos puramente íntimos, ora de sucesos cualesquiera de otras clases.

La pretension de contradecir, *apoyándose en esto,* la verdad de que la pena jurídica ha de darse *ante todo* y en primer término para la enmienda del culpable, debiendo en consecuencia ser relativa á la necesidad de correccion que éste tiene, carece en verdad de base. Pues la *mera posibilidad* mencionada no dispensa ciertamente de hacer todo cuanto dicha necesidad de correccion, manifestada de una manera indudable por el hecho mismo del delito, *exige jurídicamente con las mayores pro-*

(1) En el núm. 2.°

babilidades de éxito: como tampoco basta la *posibilidad,* igualmente incontestable sin embargo, de que á la ejecucion de aquel haya seguido ya de por sí un cambio real y sério en la intencion de la voluntad (1).

La necesidad de correccion, en este sentido jurídico, de ningun modo existe, como se ha afirmado, tan sólo en los hombres profundamente inmorales y corrompidos, ó abandonados por completo; sí que tambien, aunque en otro respecto y medida (segun ya (2) se ha notado), en aquellos que por pasion y ligereza, ó á consecuencia de opiniones erróneas tocante á sus derechos y deberes, realizan el mal por buenos móviles, como suele decirse; v. gr., en los delincuentes políticos (3): todos los cuales muestran en su conducta un sentido é intencion que no puede aprobarse por la Moral ni por el Derecho, y por lo tanto evidente incapacidad para usar bien de su libertad exterior y necesidad correspondiente de restriccion y disciplina tutelar (en este particular, á lo ménos), esto es, de pena, ó en otros términos: de una accion acertadamente calculada y dirigida por el Estado para corregir su peligroso modo de pensar. La exigencia de este procedimiento, que

(1) V. págs. 155 y 156.
(2) En el núm. 2.°
(3) Comp. nuestro trabajo: *La ejecucion de la pena,* etc., pág. 16, nota **.

pide aquí muy otras condiciones que en los llamados delitos comunes, no pueden en verdad negarla consecuentemente aun aquellos mismos que afirman que la *enmienda* sólo debe buscarse *como garantía contra la reincidencia,* sin que nada de comun tenga con la *pena propiamente dicha* (1).

Sin embargo, cuando se asegura (cosa hoy ya muy frecuente) en general que es insostenible toda pena si imposibilita al criminal para cumplir su destino como hombre, y por tanto para corregirse, en realidad viene á reconocerse, *aunque inconscientemente,* que es la enmienda el fin capital á que todo debe subordinarse y someterse.

(1) Esta opinion, apenas concebible y recientemente puesta á la órden del dia (en especial, desde el trabajo de Wick *Sobre la pena y la correccion—Ueber Strafe und Besserung),* revela la mayor oscuridad y confusion respecto de la naturaleza del Derecho en general y del Derecho penal especialmente. Si, segun nota d'Alinge, ya los antiguos criminalistas, guiados por un acertado presentimiento de la verdadera mision de la pena, reconocieron la correccion como *fin secundario* á lo ménos de ésta, hoy ese reconocimiento es tanto más general, cuanto que de hecho difícilmente podria ya calificarse de supérflua toda accion del Estado en pró de la enmienda de los delincuentes, así como la fundacion de establecimientos públicos á este fin dirigidos (las llamadas *penitenciarías).* Pero no conciliándose con frecuencia este que tienen por fin *subalterno* con el supuesto fin *principal* de la pena, se ha querido salir del paso pidiendo instituciones correccionales *especiales* para este objeto particular de la *enmienda, al par* y juntamente con otras destinadas exclusivamente para el de la *pena,* y cuya única mision tendria casi que reducirse á la mera afliccion y tortura,

Pero si se limita la pena, como suele hacerse, y por respecto á la disciplina ó correccion, tan sólo á la mision negativa de *no empeorar á los criminales,* se incurre de esta suerte otra vez en una de esas abstracciones contradictorias y funestas para la vida, que tan en uso se hallan en esta esfera, especialmente entre los juristas. Efectivamente que *no desmoralizar* sin moralizar por esto bajo respecto alguno, seria cosa tan difícil como *no atormentar* é imponer sin embargo premeditadamente un «mal sensible y doloroso» (!); ó como *no corregir* interiormente (moralmente), corrigiendo no obstante al propio tiempo exteriormente (civilmente).

El que confiesa al cabo y sin rodeos que la necesidad de cierta disciplina reparadora es el fun-

en concepto de intimidacion ó de retribucion.—Ahora bien, si este fin, que se reputa secundario, no ha de sacrificarse por completo al que se juzga principal (aunque siquiera no sea más que por lo que indudablemente favorece la *seguridad),* debieran los delincuentes entrar *al mismo tiempo* en el establecimiento correccional y en el que se pide con destino á la penalidad propiamente dicha. La solucion de este enigma se halla pura y simplemente dejando de buscar *fuera* de la pena lo que precisamente constituye su característica naturaleza, la correccion; y abandonando el absurdo de instituciones especiales destinadas á la retribucion ó á la intimidacion: idea injusta, que sólo amargura, no enmienda, puede producir. Antes bien, para este fin, han de convertirse los mismos establecimientos penales en correccionales, ó sea, en instituciones de penalidad correccional.—Comp. nuestra *Ejecucion de las penas,* pág. 56, nota *** y pág. 76.

damento jurídico de la pena, no puede lógicamente negar que á la verdadera naturaleza de ésta sólo corresponden los medios de correccion ó educacion adecuados al modo y medida de aquella necesidad.

Indudablemente es un contrasentido querer obrar por medio de la pena aún *más allá de la medida y tiempo necesarios* (1), y por tanto buscar todavia la modificacion de la voluntad del delincuente cuando ya se ha alcanzado, borrándose tambien con esto la culpa en cuanto depende del culpable (2). Para evitar este contrasentido, así como la manifiesta injusticia que encierra, y bajo un recto presentimiento, se ha recurrido á varios expedientes, v. gr., al *ne bis in idem,* á la prescripcion y al indulto, contrarios todos á los prejuicios reinantes sobre las supuestas exigencias de la justicia.

Cuando algunas legislaciones modernas (y en primer lugar el Código penal francés) han llegado hasta aplicar la prescripcion á penas *dictadas* ya, en virtud de la circunstancia *puramente accidental* de la imposibilidad exterior de cumplir la sentencia en un cierto tiempo—sin necesidad de que entretanto se demuestre la buena conducta

(1) Comp. Götting, *Derecho, vida y ciencia (Recht, Leben und Wissenschaft)* 2, pág. 123, etc., y 173, etc.

(2) V. págs. 207 y 208.

del reo—es evidente que han partido, no ya de una presuncion de Derecho, sino pura y simplemente de la *ficcion* de que la enmienda ha tenido lugar en ese espacio de tiempo. Con tanta más razon debiera *en rigor, segun este mismo principio,* producirse la inmediata suspension del cumplimiento de la condena por la *certeza* ó á lo ménos la suma probabilidad de haberse logrado dicha enmienda durante la detencion del culpable en el establecimiento penal (ó durante su destierro); pues su prolongacion ulterior seria ya notoriamente supérflua, y por tanto injusta y perjudicial. La inconsecuencia es aún más palmaria cuando *esas mismas* legislaciones admiten penas de libertad que deben durar más tiempo que el de la prescripcion y aun por toda la vida.

Pero mientras no se llega á reconocer una gran verosimilitud de completa enmienda, sino sólo apariencias, ó cuando más comienzos de tal, visibles en las primeras señales del arrepentimiento, es indudable que sigue obligado el Estado á precaverse en cierto modo (1), provisional y exteriormente á lo ménos, manteniendo una conveniente restriccion de la libertad externa, ora mediante la prision, ora sin ésta (en caso de que deba aumentarse mucho la confianza y usando de la soltura condicional). Únicamente en ocasiones *muy raras,*

(1) *Res. de la t. de la prev.*, núm. 7, al fin.

estará en su lugar el indulto *inmediato* despues del delito sin estas precauciones, como un último recurso para realizar el verdadero Derecho.

5.ª «El *criterio* para medir la pena debe en esta doctrina nacer de la mayor ó menor *facilidad de los indivíduos para corregirse,* cualidad que es siempre *inescrutable.*»

Pero hasta aquí se ha hecho resaltar, poniéndola fuera de toda duda, la verdad de que la pena, al igual de la culpa y como consecuencia jurídica de ésta, únicamente puede determinarse en cada caso, considerando toda la peculiar individualidad del hecho y de su agente; mientras que, por el contrario, el cálculo de un *término medio*, que imponga penas abstractas á delitos abstractos tambien, y que sólo merced á ficciones completamente arbitrarias es dado formular, desde luego se comprende que no seria, ni para la culpa ni para la pena de delincuente alguno, criterio conveniente, ó, en otros términos, justo. En cada caso especial, no puede esperar con seguridad (hasta donde cabe) el logro del fin, ni en la disciplina penal, ni en género alguno de educacion, sino aquel que, lejos de atenerse á preceptos generales y nebulosos, atiende al hombre real y vivo que ha de ser castigado, sin perderlo de vista un momento y sin olvidarse de cambiar prudentemente, segun la necesidad cada vez indicada en el resultado que vá surtiendo la correccion penal, el modo ulterior

de influir en él; ni más ni ménos que hace el médico en el curso de la enfermedad. Pero seria irracional, en el más alto grado, renunciar de plano y desde luego á aquella garantía, que es la mejor posible, por el temor que siempre queda de equivocarse en el juicio del penado, ó de ser víctima de su hipocresía, cortando así el nudo en vez de desatarlo.

Si sólo puede justificarse la pena cuando encierra medios adecuados á su fin, no es lícito ciertamente aplicarla *al azar y sin constante atencion al cumplimiento de éste;* para lo cual es necesario no dar por infalible (1) é irrevocable (atribuyéndole la autoridad de cosa juzgada en el mismo sentido que á las sentencias civiles entre partes) el primer fallo dictado tocante al estado íntimo (la culpa) del criminal y á la pena que el juez á la sazon estimaba conveniente. Semejante pretension

(1) Esto mismo, que repetidas veces hemos explicado (especialmente en *La ejecucion de las penas*, pág. 107, etc., y en *La pena correccional*, § 8) es hoy ya reconocido por muchos; v. gr., por Van der Does de Bye (V. los *An. de Heidelberg*, 1866, n. 32, pág. 503), que además, al igual de d'Alinge (*La correccion por el camino de la individualizacion—Besserung auf dem Wege der Individualisirung*, págs. 6 y 19) pretende apelar para decidir la duracion de las penas de libertad, no al juez, sino tan sólo á la administracion de las instituciones penales, lo cual en el fondo es ciertamente acertado, mas no en la forma: ya que el juicio, si bien en consonancia con el dictámen de las autoridades todas del establecimiento, no puede pronunciarse sino en la forma del Derecho, y de consiguiente por los tribunales.

de infalibilidad descansa en una manifiesta *ficcion* jurídica, siendo así que el valor de aquel juicio no debe apoyarse sino en una *presuncion* de Derecho: presuncion que no puede ménos de ceder luego á la verdad, posteriormente reconocida en vista de una diligentísima observacion de las mudanzas ocurridas en el interior del penado. Debe pues corregirse aquel fallo y desaparecer todas sus consecuencias (á semejanza de las anejas á la demencia ó á la prodigalidad legalmente declaradas), por la misma vía *jurídica*, tan luego como haya desaparecido toda razon y fin de la limitacion tutelar precedente.

Sólo la teoría correccional evita, pues, por completo la violencia de proceder con todos los delincuentes *de la misma manera*, sin respeto al derecho de la individualidad; sólo ella dá base jurídica suficiente para determinar con exactitud en cada caso la *clase* de tratamiento que ha de encerrar la pena, así como su necesaria *duracion;* sólo ella puede resolver sencillamente el enigma, indescifrable para cualquier otra doctrina, de la justa relacion entre la *culpa* y el *tiempo* de la condena, sin más que tomar por único criterio positivo *lo que en este tiempo se ha logrado,* esto es, *la reforma,* considerando que este límite de la justa duracion de la pena, como todos, sean de la clase que sean, no puede hallarse sino *en* y *mediante* el objeto mismo que ha de ser limitado.

Con acierto ha hecho resaltar expresamente Modderman (1) que es de todo punto imposible dar una solucion racional á este problema mientras se vea en la pena un mal. Por esto pretendian en vano los retribucionistas descubrir la cantidad de mal sensible necesaria para borrar el mal moral de la culpa (2), esto es, cuánto hierro es menester para hacerse un vestido de paño; ó para hablar en el lenguaje de la dialéctica hegeliana, cuántas injusticias hay que cometer para restaurar el Derecho (3). Todavia se comprende mejor el que otros

(1) V. los *An. de Heidelb.*, 1865, núm. 2, pág. 21.—El mismo autor dice con verdad: "aun un pequeño error en la aplicacion de la pena, cuando ésta mira al propio bien del penado, daña poco, además de lo que en la prision celular ayuda la conciencia á compensarlo."—Comp. Röder, *La pena correc.*, § 28.

(2) V. antes, pág. 70, etc., y *Result. de la t. abs.*, números 7 y siguientes.

(3) Esta nos parece la ocasion más oportuna para decir algo más sobre la opinion, antes (en la pág. 75, nota 1.ª) indicada, del profesor de Derecho penal en Nápoles, Enrique Pessina, cuyo discreto trabajo: *Teoremas jurídicos tocante á la ciencia de las prisiones (Teoremi giuridici intorno la scienza delle prigioni)*, publicado en el *Diario* de P. Ellero *para la abolicion de la pena de muerte* (tomo II, págs. 140-156 y 251-271) tenemos la conviccion de que ha de ejercer grande y provechoso influjo en su país, en el cual es el primer ensayo realizado hasta hoy para aplicar principios rigorosos de Derecho penal á la ciencia de las prisiones.

La exposicion de Pessina tiene alguna analogía con el escrito de Naumann *La teoría del Derecho penal y el sistema penitenciario (Die Strafrechtstheorie und das Pönitentiarsystem*, 1849). Ambos parten de las fórmulas hegelianas; pero al punto que se trata de su aplicacion,

hayan ido á parar al pensamiento de hacer contrapeso á los impulsos sensibles por medio de la amenaza ó de la ejecucion tambien de males sensibles;

---

se desembarazan de estas ligaduras y se consagran á ideas más sanas y fecundas. Pessina coloca al frente la fórmula de que la pena es "la negacion de la negacion del Derecho," por lo cual ha de consistir su fin último en el restablecimiento del órden jurídico perturbado, viniendo á ser, pues, exigencia absoluta del Derecho, retribucion ó expiacion *(espiazione)* y no debiendo aspirar meramente á la enmienda moral ó jurídica del delincuente; de otra manera, seria menester remitir la pena en el caso de incorregibilidad, ó en el de existir otros medios de correccion (V. lo dicho acerca de la 4.ª objecion), ó en el de haberse logrado ya este objeto; y por el contrario, aumentarla cuando se frustrase.

Pero cuando intenta á seguida hallar un verdadero contenido á esa fórmula enteramente vaga y vacía, es decir, un principio enteramente determinado y director para la pena (cuya necesidad hemos mostrado arriba, v. gr., en las págs. 54, etc., y 78), pasa insensiblemente, bajo el incontestable influjo del fecundísimo concepto que del Derecho ha expuesto Krause (V. el *Diario* citado, II, 150), por cima de todas las doctrinas de pura retribucion, expiacion ó supuesta justicia, incluso la de Hegel, haciéndose infiel ciertamente á la teoría absoluta, como nota su compatriota Gabba, si bien sólo en favor y provecho de la verdad. Así dá el paso decisivo en el camino derecho al afirmar que la pena jamás puede negar al hombre mismo como sér libre, esto es, su personalidad, destruyéndola en todo ó en parte: pues no es el hombre ni la libertad humana propiamente quien ha negado la inviolabilidad de la ley, sino tan sólo la accion particular efectiva contra ella, nacida del abuso de la libertad. (La objecion de Gabba contra esto, diciendo que la muerte encierra la mayor negacion posible de la actividad, *si probase algo*, justificaria igualmente la decapitacion como remedio contra el dolor de muelas.) Esto explica tambien, como dice Pessina, la razonable y profunda aversion de nuestro siglo contra todo lo que tien-

aunque es evidente que por este camino tendrian que llegar á la mayor crueldad, toda vez que ningun otro límite jurídico se ha establecido desde

---

de á aquella destruccion, como la pena de muerte y las mutilaciones. Jamás puede el hombre convertirse, pues, en virtud de su delito, en cosa sin derecho, en simple objeto de experimentos arbitrarios; antes bien, ese mismo delito le hace adquirir un derecho á la pena correspondiente, esto es, á una cierta humillacion y restriccion de los derechos y de la libertad que hasta entonces gozara, á la cual tiene que someterse y sujetarse, por más desagradable que le sea (sintiéndola como un *pati quiddam)*. Precisamente con esto se dá satisfaccion al órden jurídico y se restablece y fortalece: *pues que* el criminal es tambien traido de nuevo al Derecho, lo que sólo por su enmienda cabe.

Respecto de la pena misma y su medida, resulta de aquí la necesidad jurídica de negar (es decir, de restringir) por su medio la libertad de accion exterior sólo *en cuanto* se ha manifestado contraria al Derecho y sólo tambien *en cuanto* esta restriccion puede *servir* para destruir las causas interiores ó externas que han llevado al criminal al delito: por donde queda enteramente rechazada la idea de que esta limitacion de la libertad, y en general la pena, sea en sí misma un propio *fin* (V. antes la pág. 72, etc.). Así, toda pena tiene que ser una "segunda educacion" *(rieducazione)*, ó con otras palabras: el Estado ha de velar porque se coloque al penado en una situacion tal que, lejos de aumentar su corrupcion moral (como acontece, v. gr., en las prisiones en comun), le abra por el contrario todos los caminos y le asegure todas las condiciones para facilitar su renacimiento *(riabilitazione)* moral y jurídico, es decir, para someter los móviles de su voluntad al órden jurídico y al hábito de esta sumision. (Comp. *Res. de la t. de la defensa*, n. 5.)

De esta suerte, la supuesta expiacion ó retribucion, en Pessina, como en Henke, viene á parar sin quererlo á la enmienda. Pessina dice (pág. 140) con bastante claridad: "la Nemesis cristiana no es, como la de los antiguos, una divinidad de venganza, sino de salvacion y

semejante punto de vista, sino el que se reputa necesario para impedir el predominio de los apetitos sensibles (1).

6.° Otra objecion contra la enmienda moral ó jurídica, como fin capital de la pena, cree Pessina (2) hallar en que "de esta suerte la sociedad, al penar, únicamente tendria en cuenta el bien del

---

redencion para el hombre caido, de una expiacion tal que, en lugar de destruirlo, ha de salvar su verdadero destino de la dominacion del pecado." Declara tambien que la conformidad de todo el mundo, y especialmente de todos los cultivadores de la ciencia del Derecho penal, respecto á la necesidad de una reforma del modo de penar sobre la base del "sistema penitenciario"—cuyo punto de vista es la correccion del culpable—encierra de hecho el reconocimiento de la importancia de esa correccion; considerando que esta reforma de las prisiones no es ni pretende en el fondo nada ménos que una reforma en la naturaleza y contenido de la pena *(del sistema penale)*; exigiendo en consecuencia, á propósito de nuestro escrito *Sobre la necesaria reaccion que la introduccion del aislamiento ha de ejercer en las legislaciones*—1857 (reimpreso con adiciones en nuestra *Ejecucion de la pena*, n. 2), que se afirme en la ley lo conducente á este fin, y pidiendo en primer término "entre los principios jurídicos universales para la nueva doctrina científica de la pena", como condicion fundamental de toda correccion real y positiva, no meramente imaginaria, respecto de la ejecucion de las penas de libertad, la *completa separacion de los reos entre sí*, de la que no sea lícito prescindir en circunstancia alguna: pues ó bien el criminal se halla enteramente corregido, en cuyo caso debe ponérsele en libertad, ó bien no merece aún toda confianza, y entonces el contacto con otros hombres igualmente sospechosos no puede servir sino para hacerle recaer.

(1) V. antes pág. 94, etc.
(2) Obra citada, pág. 147.

indivíduo, para el que ella y sus instituciones vendrian á servir de simple medio; lo cual parece tan inadmisible como lo inverso, ó sea, que el indivíduo (el criminal) se convierta en simple medio á su vez para la prevencion de los delitos, merced á la intimidacion y por consiguiente en provecho tan sólo de la sociedad. Ni el propio bien del indivíduo ni el de la sociedad pueden constituir el fin supremo que justifique la accion de ésta, sino que todos y cada uno deben sujetarse en comun á un término superior: la justicia absoluta.»

Pero en esta consideracion se olvidan dos extremos.

a) Ya hemos dicho bastante (1) sobre la insuficiencia de todas estas generalidades; por lo cual sólo recordaremos aquí que, si es cierto que ningun mero provecho exterior de los indivíduos ni del todo (un fin de pura utilidad, como se dice) puede establecerse como fin de la pena, no es ménos evidente que, para justificarla como institucion jurídica, distinguiéndola á la vez de otros medios de este órden, es imposible prescindir de asignarle un propio y peculiar fin, *enteramente preciso y determinado*, cuya fundamentacion requiere á su vez la declaracion de aquella peculiar necesidad á que la pena debe dar satisfaccion in-

(1) Pág. 56, etc.

excusable, si ha de existir y subsistir un verdadero órden de Derecho.

b) El fin de este órden (del todo vivo que lo constituye) y el de sus miembros—aun en la pena—no pueden contradecirse mútuamente sino en apariencia: con lo cual su supuesta oposicion debe resolverse sin dificultad. Ahora bien, esta solucion sólo cabe hallarla en la verdadera pena correccional, que jamás busca la salud del todo sino en la de los miembros, curando en caso necesario á los enfermos, y empleando como medicina su exclusion transitoria (más ó ménos duradera) de la comunidad social, mediante el destierro ó la prision aislada. Es indudable que Pessina mismo ha reconocido la imposibilidad de resolver la cuestion de otra manera: ya que al exigir de toda pena en absoluto la inviolabilidad de la persona del delincuente, niega por completo la posibilidad de que el bien comun (la *salus publica*) se proteja en tiempo alguno sacrificando el hombre al reo y á expensas del cumplimiento de su destino humano (1).

7.° «Que esta doctrina hace imposible toda legislacion y aun todo juicio penal.»

Ambas cosas son inexactas. Lo que sí es cierto es que, segun ella, la mision, tanto del legislador como del juez, ha de concebirse muy de otro modo

(1) Comp. *Res. de la t. de la conserv.*, núms. 3 y 5.

que hasta hoy, y reformarse en consecuencia esencialmente. La teoría correccional declara fundamental error, que contradice á todo principio de Derecho, el de pretender que ninguno de aquellos procedan como si fuesen omniscientes y pudiesen predecir lo futuro: pues no otra cosa acontece cuando el primero se atreve á establecer *de antemano* (1) un medio penal que debe venir bien *para todos los casos posibles* (un remedio universal, un *specificum),* ó cuando el segundo se figura que puede y debe decretar tambien de una vez para siempre la pena infaliblemente justa que corresponde con rigorosa exactitud *al caso determinado* que tiene delante.

Esta teoría aspira á acabar con todas esas falsas abstracciones é ilusiones que oprimen la vida y el Derecho real y efectivo, sustituyendo á éste un Derecho puramente formal y muerto. Reconoce ciertamente como un progreso notable el que los legisladores hayan desistido de su antiguo y exajerado miedo al fantasma de la arbitrariedad judicial y de su consiguiente y desgraciado intento de remediarlo por medio de la arbitrariedad legislativa, no consiguiendo de esta suerte, aunque con el mejor deseo, sino agravar el mal que deploraban. Tambien se felicita del creciente aban-

(1) *Res. de la t. de la coacc. psíq.*, núms. 3 y 4.

dono de aquel errado camino, recomendado por Feuerbach, de amenazar con penas prefijadas por completo en la ley; así como de que se haya comenzado á conceder la necesaria esfera de accion á la apreciacion racional de los tribunales, determinando á lo sumo el límite máximo y el mínimo de la pena (y aun esto no de un modo rigurosamente obligatorio) y dejando á su eleccion la clase de pena, el disminuir, ya que no el agravar la que establece la ley, etc., etc.

Pero si ha de adelantarse total y fundamentalmente en este sentido, todavía tiene que dar la legislacion otro gran paso. Necesita limitarse más y más cada dia (una vez convenientemente determinada la organizacion de los tribunales y las formas del procedimiento) á señalar con toda la mayor determinacion posible qué es lo que debe castigarse; pero absteniéndose, en lo tocante al *cómo*, de indicar otra cosa que en general la clase de penas únicamente admisibles (especialmente el modo de cumplirse las sentencias en los establecimientos penales), igualmente que los puntos de vista sobre los cuales se ha de establecer el criterio para la conducta que haya de seguirse con el penado, conforme al carácter individual de la intencion anti-jurídica por él manifestada. Respecto de lo demás, confíese el pormenor en cada caso al libre juicio de tribunales constituidos de tal manera que merezcan esta confianza y que jamás

olviden los resultados del tratamiento penal sobre el reo (1).

Si desde Feuerbach hasta hace poco se habia caido en la ilusion de creer que podia y debia apoyarse la justicia de la pena en la pura *ficcion legal,* tan vana como cruel, de que todo el que comete un delito sabe de antemano con la más exacta claridad lo que le espera, ya hoy se reconoce por fortuna lo insostenible é impracticable de este principio, abandonándose el sistema de fijar con rigurosa precision las penas en la ley; pero todavia falta por lo comun sacar todas las consecuencias que entraña esa incontestable verdad de que no es lícito castigar á nadie de tal ó cual modo sólo porque él ya lo supiese de antemano, y no por la razon exclusiva de que, independientemente de lo que él sepa y quiera, el Derecho así lo exige (2).

Merced, en parte, al deseo de hallar por este camino una base para determinar préviamente y con toda exactitud las penas en la ley, en parte y principalmente por la antigua y tradicional concepcion material y sensible del delito y por la exajerada estima consiguiente de la forma exterior en que viene á producirse la intencion injus-

(1) Comp. el núm. 5 del *Ex. de la t. de la prev.*
(2) Comp. *Res. de la t. abs.*, núm. 15, y *de la t. de la coacc. psíq.* núm. 6.

ta (1), han hecho todas las legislaciones hasta el dia vanos esfuerzos para distinguir la íntima naturaleza de cada delito individual (el *corpus delicti* que dicen) predominantemente segun ciertas señales *externas*, en lugar de atender al peculiar carácter de la intencion é inclinacion rebelde al Derecho y peligrosa (2), manifestada de tal ó cual manera; sin embargo de ser esta la única guia segura para el justo modo y medida de la reaccion jurídica exigida en cada caso, ó en otros términos, de la necesidad y merecimiento de la pena.

En cierto modo se ha emprendido ya hoy esta otra direccion, habiéndose comenzado á reconocer en qué absurdos é imposibilidades de todas clases se incurre siempre que se intenta *calcular* y medir exactamente la pena (3) de una manera enteramente mecánica por el número y violencia de las *manifestaciones* de la voluntad injusta; como si la pena fuese en sí misma algo puramente exterior y su magnitud (su contenido y fuerza) cosa

(1) Comp. págs. 85 y 86.—Götting (*Derecho, vida y ciencia*, entrega 2, pág. 178, etc.) hace notar con razon que "los nombres y clases de los delitos ninguna conclusion permiten tocante á los delincuentes, su culpa ni su necesidad de correccion."

(2) Comp. tambien Füesslin, *Condiciones fund. de toda ref. en las prisiones*, 1865, pág. 240, etc.

(3) V. nuestra obra *La ejec. de las penas*, pág. 66, etcétera; y nuestra crítica de los *Ensayos de Derecho y procedimiento criminales* de A. Bauer en los *An. de Heidelberg*, 1843, t. I, pág. 382, etc.

que pudiese juzgarse tan sólo por su duracion y severidad externas, y no por su eficácia interna para destruir su razon de ser.

Poniendo fin, por lo ménos, el axioma *poena major absorbet minorem* al sistema de calcular para cada una de las diversas *manifestaciones* de una misma tendencia punible (al robo, v. gr., ó á otro delito cualquiera) *otras tantas* penas de libertad, que se suponen correspondientes á aquellas, hace valer ciertamente un concepto más exacto de la pena, á la vez que la sencilla verdad de que pueden combatirse *al mismo tiempo,* tanto *varias* inclinaciones criminales como *una sóla,* para lo cual de ningun modo se requiere—como soñaban los antiguos retribucionistas—doblar, triplicar, etcétera la duracion de la condena.

Cuando además—en completo acuerdo con un acertado concepto de la delincuencia—se confiesa que por medio de *un mismo* hecho pueden cometerse varios delitos (que es á lo que se llama «concurso ideal» de delitos, ó más bien concurso «en unidad (1) de acto»), atestigua esta confesion claramente que de ningun modo se entiende en este caso, como en los demás suele hacerse, por *pluralidad de delitos* una simple suma de *trasgresiones* particulares punibles; sino sólo y excepcionalmente la manifestacion de una suma de *tenden-*

(1) *Einthätigen,* dice el texto; espresion difícilmente traducible.—*(N. del T.)*

cias contrarias al Derecho. Así que, tanto aquí como en el delito interrumpido y luego reanudado, la unidad ó la pluralidad no son estimadas debidamente sino segun la identidad ó diversidad de aquella mala direccion de la voluntad á que ha de servir de reaccion la pena.

Tambien se comienza á notar cada vez con mayor decision cuán absurdo es pretender que la diferencia, á veces grandísima, en la duracion de esta dependa tan sólo de menudas sutilezas, meros accidentes y circunstancias exteriores; si bien de tiempo atrás se habia venido ya comprendiendo que la diversidad de intencion (v. gr., el egoismo comun) y la profundidad que las raíces de las inclinaciones é impulsos criminales tengan, han de ejercer grandísimo influjo en el modo y medida de la pena (no ménos que la diferencia de que se haya obrado con premeditacion, ó con pasion, ó por imprudencia, ó engañándose sobre la bondad del fin ó de los medios): profundidad que se manifiesta especialmente en los delitos habituales y por tanto en la reincidencia, en el *estricto* sentido de la palabra.

Por último, de algunas décadas á esta parte viene ya reconociéndose más y más cada dia la inmensa y decisiva importancia de todo lo relativo al *modo de cumplirse* las penas (1) y por con-

(1) *Res. de la t. abs.*, núm. 17, y *de la t. de la prev.*, número 9.

siguiente á la organizacion y régimen de los establecimientos penales, si ha de alcanzarse el fin apetecido; mientras que ha reinado por tantos siglos el desdichado error de que esta cuestion nada tiene que ver con la justicia penal, y que las exigencias del Derecho quedan completamente satisfechas con que al criminal, por decirlo así, se le ajuste la cuenta en la sentencia del juez.

Que la pena justa ha de referirse á un fin racional y *cumplirse atendiendo siempre á este fin*, cosa es que nadie pensaba, por más que en casos dados se presintiese y obrase en consonancia, como lo muestra, por ejemplo, el haberse llegado á reconocer la completa falta de sentido y manifiesta injusticia que suponia el castigar segunda vez un mismo hecho, sin que hubiese razon particular alguna para juzgar frustrado el fin de la primera pena. A ese presentimiento responde el principio *ne bis in idem;* al que únicamente en casos excepcionales y por razones de pura forma se falta á veces (v. gr., en el nuevo Código austriaco), para no consentir ni en apariencia siquiera que la justicia penal de cada Estado dependa de la de los demás. Los jueces sentenciaban por sentenciar, sin tener los más una remota idea siquiera de lo que hacian, ni de los inmensos é irreparables daños que con sus fallos causaban, tanto á la sociedad como al cuerpo y al alma del reo, condenándolo á tal ó cual pena (v. gr., al cadalso, á gale-

ras ó trabajos forzados en las obras públicas, á reclusion, picota, azotes, etc.), ó á estas ó aquellas agravaciones de la pena misma impuesta, como el hambre, la privacion de luz y otras. La mayoría desconocian en absoluto la verdadera naturaleza y eficacia de estas penas tradicionales (v. gr., los tratamientos usados en los establecimientos penales); y era bastante frecuente hallar entre ellos quienes jamás habian puesto los piés (1) en una prision (2).

Es absolutamente imposible imaginar cosa alguna más absurda é injusta que este completo divorcio entre la pena y su fin jurídico, este perfecto olvido de la probabilidad (y hasta de la posibilidad) de que dicho fin se cumpla real y efectivamente por la manera de ejecutar las sentencias. Nada más abstracto, más contrario á la vida y á la humanidad que una administracion de justicia semejante y que de tal modo huella el Derecho.

---

(1) Esta órden de cosas que el autor reputa pasado, es todavia presente en nuestra pátria.—*(N. del T.)*

(2) Así es muy natural que los empleados en estas instituciones comprendan de qué es de lo que primeramente se trata en la penalidad, mucho antes y con harta mayor claridad las más veces que los jueces.—V. sobre esto los *An. de Heid.*, 1866, núm. 31, pág. 481.

§ 31.

CONCLUSION.

Si nuestra legislacion y nuestra justicia penales no han de verse cada vez en más diametral contradiccion con el grado de cultura intelectual y moral que en las restantes esferas de la vida hemos alcanzado, es de todo punto indispensable que los hombres competentes acaben al fin de entender con claridad dónde se halla la verdadera fuente del mal y cuál es toda su magnitud, para que de esta suerte pueda curarse de raíz.

En otros lugares (1), hemos demostrado suficientemente que no basta á semejante propósito rechazar algunas consecuencias de los falsos principios reinantes, v. gr., las penas atormentadoras, ó degradantes, ó que dañan la salud: todo lo cual es sólo una concesion hecha, *á expensas de la lógica,* á ideas jurídicas más sanas y á sentimientos más humanitarios que se han hecho ya hoy patri-

(1) V. gr., en el apéndice al primer ensayo de *La ejecucion de las penas*, pág. 55, etc.

monio comun de nuestra sociedad. Antes bien, lo que hay que destruir y extirpar es la raíz misma del principio que sirve de fundamento á toda la penalidad dominante, y que es incompatible con el verdadero concepto del Derecho.

No hemos procurado con menor esfuerzo trazar siquiera el recto y seguro camino que debe seguirse, indicando al propio tiempo cómo ni la completa reforma de los establecimientos penales en el sentido de la separacion completa de los penados entre sí, ni aun la de la legislacion criminal pueden bastar *por sí solas*.

En la presente obra creemos haber perseguido hasta sus últimas trincheras y puesto al descubierto lo erróneo de las doctrinas reinantes en esta materia, á lo ménos, tal como era posible desde el simple punto de vista del sentido comun, mostrando las interiores contradicciones y las inadmisibles consecuencias que evidentemente se derivan de los principios que proclaman; sin suponer para esto en el lector otra base ni otro concepto del Derecho más sólido y fecundo que los mismos de Kant, Fichte, Hegel y Stahl, hasta hoy todavia generalmente admitidos.

Esperamos haber logrado convencer á los hombres reflexivos de que toda la legislacion penal vigente, construida sobre tan erróneas teorías, dista mucho más del ideal del Derecho de lo que el presente grado de civilizacion excusa; merced á

lo cual, carece, no sólo de interior unidad y consecuencia, sino de humanidad y verdadera justicia, que no pueden ménos de faltarle, dada su oscura vaguedad en lo tocante al *peculiar fin inmediato* de toda penalidad justa.

Tambien esperamos que, para aquellos que hayan seguido con atencion el desarrollo entero de nuestro pensamiento, no habrá pasado inadvertido cómo la pena correccional evita los defectos radicales de todas las demás teorías, afirmando y consolidando por el contrario cuantas verdades incontestables encierran, y uniéndolas íntimamente en vivo organismo; mientras que en aquellas sólo se encuentra tal cual de estas verdades, aislada, parcial y estrechamente comprendida y aplicada.

SOBRE LA NECESARIA REFORMA

DEL

SISTEMA PENAL ESPAÑOL

MEDIANTE

EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN CELULAR.

REFORMA DEL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

MEDIANTE EL RÉGIMEN CELULAR. (1)

I.

REFLEXIONES PRELIMINARES.

Frecuentemente se ha motejado al pueblo español de sangriento y cruel, apoyándose, para demostrar esta censura, en tristes y conocidos hechos de su historia. Pero no falta quien, por el contrario, tenga mejor opinion de él y aun proclame la conviccion de que jamás alentaron en socie-

(1) El movimiento que en favor de la mejora de nuestro sistema penal, así como del régimen penitenciario se ha venido produciendo en España, y de que dá idea el Sr. Romero Giron en la introduccion á sus ya mencionados *Estudios*, ha inspirado en estos últimos tiempos algunas generosas tentativas. Al advenimiento al Ministerio de Gracia y Justicia (Febrero 1873) del Sr. D. Nicolás Salmeron, que ha dejado en aquel departamento (como en muchas otras cosas) memoria imperecedera, se nombraron comisiones de personas de muy diversas opiniones políticas (aunque acordes en desear y promover el progreso moral y jurídico de su pátria) para preparar el establecimiento del régimen penitenciario y la reforma

dad alguna con tanta fuerza como en España el sentimiento del honor y dignidad del hombre y la tendencia universal hácia todo lo puramente humano; y de que precisamente por esto quizá la nacion española, más que ninguna otra, está llamada ante todo á preceder con su buen ejemplo en más de una relacion al resto de Europa, incluso haciendo desaparecer aquellos numerosos restos de rudeza y barbárie de edades anteriores, que manchan hoy todavia, más ó ménos, las legislaciones de todos los pueblos civilizados, y compensando la ruina de estas anacrónicas injusticias por leyes y disposiciones tales que sólo el espíritu de la Humanidad y del Derecho respiren.

---

del Código penal segun los nuevos principios; la comision, al ser disuelta (?) en 16 de Agosto del propio año, dejó terminada, si mal no recordamos, toda la parte general ó libro I del nuevo Código, fundado en el principio correccional (y suprimiendo por tanto la pena de muerte), así como el proyecto de ley de prisiones, adoptando el sistema de absoluto aislamiento *(entre los presos)* y otros diferentes trabajos preparatorios para la creacion de un personal facultativo á quien confiar el nuevo régimen de las prisiones, que habria de depender del Ministerio de Justicia. Esto hizo el Sr. Salmeron, eficazmente secundado por el Sr. D. Manuel Ruiz de Quevedo y por personas tan competentes como la Sra. D.ª Concepcion Arenal y los Sres. Castro (D. Fernando y D. Federico), Guerola, Silvela (D. Luis), Torres Aguilar, Azcárate (D. Gumersindo), etc., no ménos que por ilustres jurisconsultos extranjeros: ó por mejor decir, hizo aún más, consignando en el presupuesto de su Ministerio una importante suma para comenzar la edificacion de una penitenciaría celular. Segun parece, siguióse trabajando despues: así resulta de la noticia del Sr. Romero Giron. En la actualidad,

Pronto veremos si se halla ó no en estado de justificar semejante confianza. Mas de todos modos, bien merece tan bella mision una séria prueba; y seria lícito en verdad á España enorgullecerse por ella, si pudiera mostrar con hechos que ha llegado á la madurez para participar con éxito del animoso esfuerzo de nuestra época hácia el verdadero progreso en todas las esferas de la vida social. Convenzámonos de que, por poco que sea lo que haga para llenar aquel noble fin, con sólo la manifestacion de su buena voluntad en tal sentido no podrá ya ménos de fortificarse la confianza de todos los pueblos en un verdadero renacimiento de

---

la comision organizada por el humanitario celo del señor D. Francisco Lastres para promover la construccion de una *prision correccional para delincuentes jóvenes*, á expensas exclusivamente de los particulares y corporaciones, lleva muy adelantados sus trabajos y vá logrando reunir una suma no despreciable, y aun sorprendente en un pueblo tan poco acostumbrado á la accion privada. El Sr. D. Manuel Silvela, interpelando en el Senado al Gobierno, ha clamado por la reforma de nuestros bochornosos establecimientos penales; estas excitaciones han dado escaso fruto. El proyecto de ley presentado por el señor Ministro de la Gobernacion á las Córtes y aprobado por éstas, para erigir en Madrid una cárcel que reemplace al inmundo *Saladero*, aunque ha sido muy mejorado por la comision del Congreso de los Diputados, sobre todo, mediante la adopcion del principio celular, deja que desear bastante.

Ahora bien, uno de los informes que, á consulta del Sr. Salmeron, redactó el insigne criminalista Röder, es el que, traducido con la cooperacion del Sr. D. Augusto G. de Linares, se inserta en estas páginas.—*(N. del T.)*

éste, además de desvanecerse cualquier recelo contra su constitucion republicana.

En todo el círculo de la administracion de justicia es sin duda el campo del Derecho penal donde más se necesitan reformas propiamente conformes á la razon y al tiempo; y en esta misma esfera, el modo de la aplicacion de la pena es hoy lo que más apremia para una fundamental mejora, pues esta aplicacion hasta hoy se halla de hecho calculada sólo en pró de la seguridad de la sociedad contra los delincuentes, haciendo á estos inofensivos, ya por la muerte, ya por una prision, de cuyas condiciones, por lo demás, nadie se cuida. Este fin de la mera seguridad exterior santifica los medios más extremados y puramente mecánicos, y aun toda clase de medios: olvidando por completo que tambien el delincuente es hombre, que tiene como tal su derecho, que su delito no lo ha convertido en cosa impersonal, de que se pueda usar y abusar á nuestro antojo, y que es además absurdo imaginar que el bien del todo social en su vida pueda protejerse por la destruccion ó por el daño de sus miembros. Y de tal modo conducen casi siempre, aun las mismas penas de libertad, á la corrupcion corporal y moral de los delincuentes, que no parece sino que se la ponen por fin: siéndoles indiferente que los penados trabajen en el presidio ó en las obras públicas, que sean deportados ó encerrados juntos en casas

de correccion. De esta suerte se vienen cometiendo uno y otro dia las más irritantes injusticias con los delincuentes, desdeñando preguntarse si tiene sentido alguno mantenerlos á tanta costa presos, quizá por muchos años; aunque de antemano se sabe que, al extinguirse el tiempo de su condena, no se habrá logrado el más pequeño bien ni para el Estado, ni para ellos. Antes, al contrario, á ambos se habrán causado los más notorios perjuicios, por cuanto el delincuente, merced á la sociedad y trato á que se le obliga con otros criminales de todas clases, y al dañoso influjo que de aquí resulta, saldrá inevitablemente de la prision harto más corrompido y peligroso que cuando entrara en ella.

El contrasentido de semejante conducta, no sólo desde el punto de vista del Derecho y del órden jurídico, sino igualmente aun del moral y religioso, y hasta del financiero, es manifiesto. Largo tiempo há que ciertamente se habrian reconocido y remediado sus graves inconvenientes, si no estuviesen las gentes acostumbradas á prescindir de darse cuenta de qué es lo que propiamente se alcanza con tal sistema, y á seguir ciegamente las huellas de la antigua y tradicional rutina. Hora es en verdad ya hoy de que cese de hollar y despreciar este proceder los más sencillos principios del Derecho; de que se dé á éste al cabo el honor que le corresponde, aun con respecto al hombre in-

justo; de que no se retribuya, pues, por más tiempo, so pretexto y bajo el nombre de pena, el delito cometido por éste con otro delito que aspira á atormentarlo poco ó mucho por medio de la imposicion de padecimientos más ó ménos diversos en cualidad y grado, ya para *vengarse* de su accion, ya para asegurarse contra él en adelante y á cualquier precio.

No bien empero se reconoce lo torcido y antijurídico de esta conducta y se siente la necesidad de sustituirla con otra verdaderamente justa, aun para con aquellos que han obrado con injusticia, aparece lógica y absolutamente indispensable lo siguiente:

1.° Romper por completo con el antiguo espíritu de daño y padecimiento todavia dominante, no ya en el antiguo Derecho penal, sino aun en el de nuestro tiempo, concluyendo con *todas* sus consecuencias.

Segun esto, tienen que desaparecer del catálogo de las penas:

A. La pena de muerte, que debe sin duda alguna sustituirse por otra pena justa, la cual no lleve como esta el sello de la intimidacion y del talion. Esta sustitucion debe sólo buscarse en una pena de libertad racionalmente determinada y aplicada por tiempo indefinido, no perpétua: ya que una condena de esta clase aparece manifiestamente inconsecuente y vedada, no siendo lícito

considerar jamás á hombre alguno como enteramente incorregible, tratándolo como si lo fuese.

B. La infamia, ya como supuesta pena independiente, ya como consecuencia de otras (1).

C. Toda clase de ultrajes y malos tratamientos hasta hoy en uso, ya como pretendidas penas, ya como penas disciplinarias (en los establecimientos penales), ya enlazadas á otras penas como accesorias y agravantes. Pertenecen á éstas no sólo la picota y la argolla, sino los trabajos forzados en obras públicas, las cadenas, palos, hambre y muchas otras.

D. Todo género de confiscaciones.

E. No ménos debe cesar toda determinacion prévia de la duracion de las penas, ya hecha por la ley, ya por un juicio que se considera definitivo jurídicamente, esto es, modificable sólo por el camino de la gracia.

2.° Sustituir en lugar de aquel *ancien régime pénal,* un sistema exclusivamente inspirado en el espíritu del Derecho, el cual sólo puede sin duda alguna resultar de la rigorosa aplicacion de un concepto exacto de éste á la situacion especial de sus infractores y á la apremiante necesidad que esta situacion revela, tanto para ellos cuanto

(1) Júzguese segun este principio, hoy inconcusamente proclamado por los primeros criminalistas, el art. 120 de nuestro Código penal, en que se establece el modo de ejecutarse la pena de degradacion.—*(N. del T.)*

para todo el órden jurídico del Estado. Ahora bien, así como la idea del Derecho consiste en que á cada cual le deben ser cumplidas por sus semejantes en general las condiciones irremisibles para el logro de su destino, así consecuentemente el principio fundamental del Derecho penal (por medio del que ha de cumplírsele al delincuente pura y simplemente su derecho), nace especialmente de que tambien al criminal han de procurársele todas estas condiciones, tanto positivas como negativas. Con otras palabras: ha de colocársele en una limitacion tutelar, digámoslo así, de su libertad externa, constituyéndosele en tal situacion exterior, que sea posible y aun verosímil, en un tiempo más ó ménos largo, convertirlo, de enemigo peligroso para el órden público, en ciudadano recto y pacífico. Este principio jurídico de toda pena debe, pues, mantenerse y desarrollarse consecuentemente por todos los medios y caminos que conducen al término enteramente concreto indicado, y que son los únicos que han de aplicarse. Por regla general, sólo la pena de libertad, establecida para la correccion radical del delincuente, por corresponder al fundamento y fin jurídicos de toda penalidad, puede ser capaz de producir el resultado ya dicho y sobre toda ponderacion deseable. Pues ella constituye el único medio adecuado, no ya para hacer valer inmediatamente el verdadero Derecho y su órden, sí que

tambien para favorecer mediatamente en todos respectos el verdadero bien de la sociedad y del delincuente mismo. Porque esto, aunque no reconocido con toda claridad, ha sido presentido rectamente, es por lo que hoy ya las penas de libertad han llegado á ser doquiera casi exclusivas; pero precisamente tambien porque faltaba esta claridad necesaria en el conocimiento, es todavia su institucion siempre en su mayor parte tan extremadamente defectuosa, que, lejos de dar auxilio alguno al verdadero fin de la pena, hacen altamente inverosímil su éxito, y aun, con harta frecuencia, de todo punto imposible. Si se quiere, pues, en la organizacion de las penas de libertad, sustituir cosa mejor á lo que dan de sí esas penas manifiestamente anacrónicas y contrarias al Derecho y tan perjudiciales en otro tiempo como hoy todavia; si se quiere proceder en completa conformidad con aquel, ha de evitarse cuidadosamente en este punto todo cuanto nos hace retroceder, sin quererlo, á los antiguos errores, que de hecho sólo conducen, ora á una muerte lenta é indirecta, merced á la destruccion de la salud del penado, ora á su completa corrupcion moral en virtud del contagio de sus compañeros de prision, ora, en fin, á entrambas cosas juntas.

Nada puede, por tanto, ser más apremiante que una reforma fundamental en todo el modo de cumplirse las penas de libertad y en toda la orga-

nizacion y administracion de las prisiones. Para poner fuera de duda esta necesidad, será el camino más sencillo comenzar por exponer los principales vicios de los actuales establecimientos penales, tal como resultan incontestablemente de la experiencia hecha en todo el mundo; seguir resumiendo los más sencillos é incontrovertibles principios jurídicos, como base para juzgar toda pena de libertad; considerar luego, á la luz de estos principios, los ensayos hasta aquí hechos para corregir aquellas instituciones; y concluir, por último, aplicando, como es de rigor, estos principios, mediante un exámen concienzudo de la prision celular, no solamente desvaneciendo las objeciones que se han hecho contra este régimen, sí que tambien estableciendo las condiciones capitales bajo que debe considerársele como el único sistema que corresponde por completo al fin que debe cumplir la pena de libertad y por tanto al verdadero fundamento y objeto jurídico de toda pena.

II.

VICIOS FUNDAMENTALES DE LAS ACTUALES PRISIONES.

La principal raíz de todos los vicios de las prisiones hoy dia consiste en la convivencia en un mismo local, de dia y de noche, de hombres por muchos conceptos pervertidos y perjudiciales; vicio este producido por la organizacion de dichos establecimientos en la actualidad, y que ha llegado á ser inevitable. De esta acumulacion de elementos de infeccion moral de todas clases en un mismo y reducido lugar, se sigue con necesidad irresistible, confirmada por la experiencia de cada dia, completamente acorde en todos los países, un contagio recíproco de los penados, en cuya virtnd cada cual de ellos pronto se hace digno de los demás. En innumerables escritos é informes oficiales se ha hecho el más exacto análisis de este cáncer, que doquiera ha sido reconocido de igual modo y unánimemente confesado por centenares de celosos funcionarios de instituciones penales á la antigua. Nosotros nos limitaremos á indicar

sólo, en este respecto, los rasgos más culminantes de este mal, anticipando de una vez para todas la observacion de que naturalmente resaltan más ó ménos, segun el número y clase de los delincuentes mezclados, segun que están juntos sólo de dia ó tambien de noche, segun la constancia y el celo en vigilarlos, etc.

1.° Todos los establecimientos penales en que los presos no están completa y constantemente separados entre sí, se han acreditado como semilleros de corrupcion moral y de criminalidad, á consecuencia de una instruccion y enseñanza recíprocas en la perversidad, muy eficaz ciertamente, y en la cual siempre juegan el primer papel los peores, como maestros y aun verdaderos señores y modelos de los demás.

2.° Contra este poderoso influjo, ha resultado en todas partes enteramente vana é ilusoria la supuesta influencia benéfica de unos pocos mejores entre los presos. Antes al contrario, sucumben éstos, y por lo comun bien pronto, á la corriente de la perversion general. Igualmente infructuosas, segun el testimonio de los más experimentados sacerdotes y visitadores de las prisiones, son donde quiera las prácticas religiosas y la cura de almas. La burla y el insulto, por parte de la mayoría disoluta y de sus jefes, han sido siempre la segura recompensa de todos los esfuerzos en pró de la moralizacion de los presos y aun de to-

dos los mejores impulsos producidos quizá de esta manera en algunos de ellos. Y no sólo este tono frívolo dominante ha conseguido poner en ridículo y entregar á la blasfemia todas las exhortaciones é indicios de arrepentimiento, sino que es increible la rapidez con que extingue, hasta en los que no se hallan entera y radicalmente pervertidos, el último destello de bien y de pudor.

3.° Aun los frutos de toda clase de instruccion se ven siempre, ó enteramente impedidos, ó cuando ménos, esencialmente contrariados por el efecto anárquico y corruptor, en todos conceptos, de la comunidad.

4.° El trato íntimo y la estrecha conexion de un gran número de hombres desmoralizados, y á veces tan enérgicos como astutos, es ya, para el establecimiento donde se encierran, sumamente peligroso. Y lo es doblemente al tiempo de cumplirse las condenas, sobre todo en las grandes ciudades, donde centenares quizá de estos reos cumplidos vuelven á encontrarse. Innumerables proyectos y empresas criminales en comun reconocen tan sólo este orígen.

5.° Estas fatalísimas relaciones y trato hacen casi imposible ó dificultan extraordinariamente el regreso de los penados cumplidos á una vida ordenada y honrada.

6.° Un cierto espíritu comun de insubordinacion y desobediencia, aunque no siempre se pro-

duzca abiertamente, dificulta aquí sobremanera la conservacion del régimen y disciplina exterior del establecimiento, y hace inevitables un sinnúmero de penas disciplinarias, que frecuentemente sólo consiguen exasperar y mantener una tenaz discordia.

7.° La convivencia entre compañeros de infortunio, de modo de pensar y de sentir análogo, no ya debilita en grado extraordinario la impresion de la pena, sino que hasta llega á dar á esta mayor encanto. Cada cual intima pronto con los otros; aprenden mejor de dia en dia á entenderse entre sí; cambian miradas, gestos, palabras; inventan chistes groseros; pintan obscenidades; blasfeman á porfía: en suma, todos se sienten, andando el tiempo, más y más á gusto en aquel lodazal, hallándose enteramente como en su elemento; de suerte que sólo la situacion exterior de los presos puede llamarse poco grata y soportable. A quien de ello dudase, enseñarian muy claramente lo contrario la voz de los mismos presos, y no ya sólo de los más cultos entre ellos, sino de todos los que se han visto en el caso de comparar en sí propios y en otros los efectos del aislamiento con los de la comunidad. Uno de estos ha llamado con gran exactitud á una casa correccional á la antigua, un lugar de recreo social (un *casino de delincuentes*).

8.° Merced á todo esto, la convivencia de los

delincuentes destruye casi siempre y por completo, no sólo la fuerza correccional de la pena, sino hasta su ejemplaridad. Para los criminales endurecidos que, despues de una ó varias condenas, han hecho bastante conocimiento con la casa correccional, sintiéndose en ella en cierto modo como en su pátria, nada, con efecto, les haçe padecer la pena, ni lo pudiera.

9.ª Así se concibe ese instinto de todo punto certero, en cuya virtud el penado, al regresar á la libertad, es doquiera recibido por sus conciudadanos con la más profunda desconfianza. Aun el más oportuno tacto y celo de las sociedades protectoras de los reos cumplidos seria enteramente vano que pretendiese luchar contra la corriente de esta desconfianza tan justificada; de aquí que, en lo capital, la accion de esas asociaciones dará muy pocos frutos, mientras no se tenga más en cuenta que hasta aquí el preparar convenientemente el cumplimiento de las penas de libertad por medio de su completa reorganizacion, facilitando el camino á la obra de aquellas instituciones.

10. Síguese todavia, por último, otra triste consecuencia, de la circunstancia de que, por una parte, los penados se empeoran regularmente en los establecimientos por el hecho de obligarlos á la peor sociedad posible y, por otra, cuantos han entrado en ellos (no importa por qué) se ven ya rechazados de todo el mundo. Esta consecuen-

cia es, á saber, que se les arrebata toda esperanza—especialmente á los penados á quienes la ley declara infames por todo el tiempo de su vida —de recuperar jamás, por medio de una conducta honrada y laboriosa, una posicion digna en la sociedad civil. Así se ven casi necesariamente impelidos de nuevo al camino del delito. En esta interior necesidad es tan difícil desconocer que reside una fuente capitalísima de las reincidencias, cuanto supérfluo recordar que la experiencia diaria lo confirma abundantemente.

III.

PRINCIPIOS JURÍDICOS PARA EL JUICIO DE LAS PENAS DE LIBERTAD.

No cabe aquí el intento de entrar en prolijas consideraciones sobre el fundamento y fin jurídicos de la pena. *Todos* sin duda alguna ven en ésta una reaccion puramente necesaria del órden jurídico de la sociedad sobre cada miembro que contra él se ha rebelado. Poco importa que se designe esta reaccion meramente con el nombre de una exigencia de la justicia, ó que se crea ver en ella una retribucion, una expiacion, una satisfaccion, un acto de propia conservacion, etc.; si bien no deja de correrse el peligro de que la media luz y la ambigüedad de estas últimas expresiones (como hartas veces se ha mostrado) pueda llevar á las peores consecuencias.

Para nuestra cuestion, aun sin penetrar profundamente en el laberinto de las teorías penales, será muy fácil hallar el exacto punto de vista y criterio por parte del Derecho; y seria muy triste para la vida y la realidad que no cupiera encon-

trarlo en tanto no se hubiera puesto para siempre fin á la discusion de las teorías. Por fortuna, sea la que quiera la discordancia de los científicos, existe ya hoy dia en la vida, ó no es muy difícil de alcanzar, acuerdo sobre ciertas cosas. Antes que nosotros lo comprobemos en aplicacion á nuestro asunto, no será supérfluo recordar como hecho histórico reconocido, que el sin número de penas de tiempos remotos, crueles, contrarias al sentido moral y deshonrosas para la Humanidad, han ido desapareciendo exactamente en la misma medida en que, merced al creciente desarrollo de la civilizacion, viene extendiéndose y predominando la restriccion de la libertad, como medio *penal* (en cuyo sentido casi nunca se presentó en otros tiempos); y que, además, los establecimientos de nueva creacion para el cumplimiento de las penas de libertad reciben por lo comun el nombre de *casas correccionales,* presintiendo acertadamente el fin que necesariamente les corresponde.—Si ahora intentamos alcanzar algunas bases para la estimacion jurídica de la cuestion de las prisiones, se muestra en efecto, respecto de todos los puntos para nosotros decisivos, una conformidad tan grande de pareceres, que difícilmente se concibe cómo, teniendo alguna lógica y partiendo de los mismos principios, se haya podido llegar á aplicaciones tan altamente diversas.

1.° Por distinta que sea la manera de conce-

bir la pena los indivíduos; por ínfimo que sea el fin que al Estado se asigne; por humildes que, en consecuencia, sean las pretensiones que se crea lícito dirigirle, todos, sin embargo, concederán *unánimes* que es muy grave injusticia la que comete el Estado cuando, valiéndose de la coaccion, coloca al reo en una situacion que lo *desmoraliza completamente* y tiene que corromperlo; mientras que, al tiempo de la comision del delito, y antes, por consiguiente, de que se le hubiese obligado á entrar en la alta escuela de todo vicio y crímen, no lo estaba en tanto grado y extension. Lo *ménos* que hoy *universalmente* se exige y tiene que exigirse al Estado, es que siquiera no haga á los penados en sus prisiones, tal como están, peores y más perjudiciales todavia que antes. Esto, lejos de negarlo, lo conceden aun aquellos que no se han elevado todavia á la consideracion de que puede y debe pedirse al Estado algo más, á saber: que por su parte llene en general hasta donde le sea posible las condiciones para que el penado, viniendo á la conciencia de su culpa, la confiese contrito, y dé, á consecuencia de este interior cambio, esperanzas fundadas de que en adelante, aun exteriormente, andará por otros y mejores caminos que hasta entonces.

En ningun caso puede el Estado declinar la *responsabilidad* que le pertenece por su conducta con los penados durante el tiempo de su condena,

al prescindir de si este tiempo ha sido bien ó mal empleado (en bien de ambos ó no): pues no son en la prision dueños de su voluntad, sino que dependen enteramente de aquel, al cual tocan indisputablemente para con ellos los deberes y derechos de una rigorosa, pero bien intencionada tutela. Al punto, segun esto, que llega á reconocerse incontrovertiblemente que tal ó cual determinado modo de cumplirse una pena de libertad es á todas luces corruptor, y otro, por el contrario, conveniente y fructífero, tiene el Estado el urgente é imperioso deber y derecho de suprimir el primero y sustituirlo por el segundo. Además, aun cuando el Estado, por respecto al modo de proceder con los penados (la disciplina penal), se atuviese á la estrecha opinion de que ha de estimar suficientemente satisfecho su fin con sólo cuidar de que aquellos no se empeoren mientras sufren la pena, desde luego se concibe que resultaria ya de aquí el positivo beneficio de alguna correccion á lo ménos: teniendo en cuenta que el éxito satisfactorio de la disciplina penal, como de toda otra disciplina ó educacion, sólo puede esperarse cuando se aplican, no disposiciones á medias, sino completas y radicales, aplicadas constantemente con plena conciencia del recto fin á que aspiran, y que no deben perder jamás de vista.

2.° Aun prescindiendo por entero de las con-

sideraciones que acabamos de exponer, se llega al mismo resultado, tan luego como se considera la ejecucion de las penas de libertad puramente desde el punto de vista de *la seguridad pública:* esto es, del intento de precaver á la sociedad civil para en adelante contra los reos cumplidos.

Cuán legítimo sea este punto de vista y cuán verdadero todo lo que de él y en su consecuencia se deduce, tiene que reconocerse por fuerza universalmente. Mientras más por completo pueda alcanzarse aquella seguridad, será tanto mejor: lo cual sólo es posible por modos rigorosamente jurídicos, y no, por tanto, sólo á costa del delincuente, sino respondiendo *á la par* al interés de la sociedad y al de éste. Ahora bien; no es ménos cierto que en las penas de libertad es de todo punto imposible lograr dicha seguridad por medios puramente *exteriores* y relativos al cuerpo (como acontece en las ejecuciones capitales); sino exclusivamente influyendo sobre el interior del culpable. A lo ménos sobre esto, no puede haber duda alguna: cabiendo la vacilacion é incertidumbre tan sólo en si esta justa influencia ha de consistir en un tratamiento que se contente con la mera intimidacion ó ha de pretender una correccion efectiva, buscando la completa reforma del hombre interior en pró del bien y lo justo. Y en verdad tiene con esto suma conexion el que no pueda alejarse todo peligro para el porvenir cuando se as-

pira á una *semi-correccion* (correccion civil), sino á una enmienda radical y completa, única que en todas circunstancias sale triunfante de la prueba. Las mismas condenas, hasta aquí usuales, de penas perpétuas de libertad son completamente extraviadas cuando se las concibe al modo de la pena de muerte, como un medio de mera precaucion exterior, y se las quiere cumplir exclusivamente segun este espíritu y con la más extremada dureza. Aun abstraccion hecha de todas las exigencias de humanidad, de todas las razones de Derecho, moralidad y religion, y sin más que atenerse al punto de vista del cálculo de la utilidad comun, es imposible tener por supérfluo aquel influjo sobre el interior del reo en las mismas penas perpétuas: porque siempre, fuera de la libertad que dá la muerte, queda el camino abierto para el indulto ó la evasion, y porque en estos casos, como en todos, no es indiferente por cierto que el que vuelve á gozar su libertad exterior, sea un hombre corregido y mejorado, ó un criminal enteramente pervertido, salvaje y rencoroso (1).

---

(1) Hé aquí las elocuentes palabras de una eminente escritora (que á lo profundo de su inteligencia une un delicado sentimiento y una larga experiencia en este asunto), zahiriendo la indiferencia de nuestro pueblo hácia estas cuestiones: "Voy á dirigirte (al lector) algunas palabras, no muchas, como verás, sobre la reforma de los establecimientos penales, es decir, sobre la cuestion de

3.° Otro principio que aquí debe hacerse resaltar, cuanto más que hoy nadie lo discute, es el de que todos los medios penales, y por tanto todo procedimiento con los reos en el que se pretende *tan sólo la intimidacion* (ya del penado mismo, ya de otros), es imposible de justificar por este único fin. Ningun delincuente debe ser empleado como mero instrumento para dicha intimidacion. Todo medio de pena, y por tanto de cumplirse las de libertad, tiene en primer lugar que ser *conforme al Derecho*. Sólo entonces puede y debe aceptarse tambien la accion ejemplar que trae consigo; y más adelante se mostrará cómo felizmente aquí el único proceder justo es el más útil en todas relaciones, y que aquel sistema de prisiones que corresponde más perfectamente á la radical sumision y reforma de la voluntad culpable, es á la par el que ejerce, como consecuencia lógica, el más profundo influjo jurídico, junto con el mayor y más saludable temor. Y tanto más torcido sería, por consiguiente, que, en contradiccion con las ideas y sentimientos de nuestra época culta, se incurriera en buscar la salvacion en aquel

---

disminuir las probabilidades de que te roben ó asesinen. Me parece que el asunto vale la pena de que te ocupes de él; tú no debes ser de la misma opinion, á juzgar por la indiferencia con que lo miras. Dígnate, pues, prestarme un rato de atencion, y así nunca te prive nadie de tu hacienda ni de tu honra, y vivas muchos años, y mueras en tu cama de muerte natural.» *A todos*, por D.ª Concepcion Arenal.—*(N. del T.)*

antiguo y parcial principio, largo tiempo há juzgado, de la ejemplaridad y el escarmiento, intentando segun esto hacer aborrecibles al penado, no su delito, sino la pena y sus instituciones, por medio de las llamadas *agravaciones*, tan en boga tiempos atrás: esto es, creyendo cohibir á todos por un trato duro y áspero é inevitablemente contrario á la salud, tal como cadenas y golpes; alimento, vestido, habitacion y cama miserables; trabajo excesivo, ocupaciones irracionales y otros análogos. Los malos tratamientos, ya corporales, ya espirituales y morales, ni son hoy para nadie medios jurídicos de intimidacion, ni lo pueden ser. Muy otra cosa ocurre ciertamente con aquel sistema que lleva á concluir con todas las inclinaciones criminales, en lugar de favorecerlas en muchos respectos, como las favorece esa prision en comun, que convierte al establecimiento penal en una mansion tanto más grata cuanto más corrompidos son sus moradores, ó en otros términos, en un lugar donde éstos, gozando plenamente de la sociedad que en su perversion más desean, se sienten y hacen devotos oyentes, aprendices y admiradores unos de otros.

IV.

APLICACION DE LOS PRINCIPIOS EXPUESTOS Á LOS ENSAYOS DE INSTITUCIONES CORRECCIONALES, HECHOS HASTA EL PRESENTE.

Si ahora examinamos, á partir de los puntos de vista jurídicos que acabamos de exponer, y que por nadie son hoy ya controvertidos, los modernos ensayos para mejorar las prisiones, deduciremos ante todo la exigencia de curar radicalmente los vicios que hemos reconocido en la organizacion hasta hoy vigente de las penas de libertad. Igualmente se ha indicado antes que, mientras subsista aquel vicio, mientras el Estado no impida que durante el cumplimiento de las condenas se siembren los peores gérmenes posibles, jamás podrá corresponder la prision al verdadero fin de la ley penal ni al espíritu del Derecho. Entretanto, debe sólo considerársela en realidad como un medio dispendioso que el Estado aplica para obtener lo contrario de lo que se propone: pues hemos visto con toda certeza que una prision así constituida, es simplemente estéril

en todos respectos; ó más bien, produce, no sólo para el delincuente mismo, sí que tambien para la sociedad y su seguridad, los peores frutos. Y si hasta aquí el defecto capital de que todos los restantes males proceden, consiste en autorizar la convivencia y sociedad de los penados, es evidente que sólo puede ponérsele verdadero remedio ahondando hasta el lugar y raíz de este mal, levantando como único principio adecuado y en diametral oposicion á la rutina corriente, el *completo aislamiento* de todos los presos entre sí y aplicando este principio con rigor á todas las instituciones penales.

Consideremos ante todo sumariamente algunos ensayos hasta hoy hechos para corregir, á lo ménos en parte, por este principio del aislamiento, empleado en cierta medida, aquel gravísimo mal, cuya fuente se ha reconocido con acierto que está en el contínuo y corruptor comercio del penado con la peor sociedad posible. Dos clases de medios han sido los principalmente aplicados á este fin; si bien llevan ambos tan á la vista el sello de la timidez é irresolucion, que no es de admirar la poca ó ninguna fecundidad que han mostrado. Estos medios son conocidos respectivamente con los nombres de *sistema de clasificacion* y de *sistema de Auburn*.

1.° El sistema de clasificacion aspira á separar los presos por lo ménos en ciertos grupos, no

sólo segun el sexo y la edad, sino tambien en vista de otras razones, á menudo enteramente caprichosas: las más veces, por la clase de delitos, ó más bien, por el grado de perversidad moral que suponen, juntamente que por su buen ó mal comportamiento. Todos los ensayos de esta clase llevan el sello de la mayor arbitrariedad, traen consigo muchos y corruptores vicios con que sufre el respeto de las autoridades, producen el servilismo de los penados y acaban por manifestarse de todo punto insuficientes é insostenibles. La mejor de estas clasificaciones es la que estableció Suringar, que despues la abandonó por completo, declarándola mero paliativo, que á lo sumo sirve para conseguir á medias lo que el régimen celular obtiene radical y plenamente, apartando á cada penado de *todos* los demás, formando *con él sólo* una clase, esto es, tratándole y considerándole como indivíduo (1).

2.° El sistema de Auburn separa realmente á los reos sólo por la noche en celdas particulares para cada uno; sustituyendo durante el dia el aislamiento verdadero por otro ficticio, artificial y aparente que se hace constituir en el silencio for-

(1) Entre lo mejor que contra el sistema de clasificacion se ha dicho, debe contarse la crítica que de él ha hecho la escritora antes citada en sus folletos *A todos* y *Exámen de las bases aprobadas por las Córtes para la reforma de las prisiones.—(N. del T.)*

zoso. Mientras más se ha extremado lo antinatural de este suplicio de Tántalo, en el cual, contra todo derecho, se exige á hombres que se encuentran reunidos, que se conduzcan como si estuviesen solos, tanto más irresistible, segun todas las observaciones, es el atractivo de la comunicacion y más irrealizable su impedimento, á pesar de la más exquisita vigilancia, y tanto ménos ha logrado en ninguna parte su intento este sistema de puras apariencias, consiguiendo á lo sumo limitar un poco el vicio radical del trato y mútua corrupcion de los penados entre sí, sin evitarlo en modo alguno, y habiendo en cambio añadido un triple mal al anterior. Considerémoslo más en particular.

A. Para sofocar, y aun esto sólo á medias, el constante y vivo estímulo á la recíproca comunicacion, se han aplicado medios bárbaros de todas clases reputados como irremisibles para la disciplina del establecimiento, v. gr., latigazos distribuidos caprichosamente por los vigilantes, hambre contínua y otros análogos; á pesar de lo cual, en todas partes se ha manifestado la completa impotencia de estos medios injustos para un injusto fin, no obstante haber llegado en su aplicacion hasta la más extrema crueldad.

B. Cuanto más palmariamente repugna semejante coaccion para el silencio á la naturaleza y al Derecho, tanto más lógico y necesario es

que cada cual procure infringir este precepto cuando y como quiera que pueda; y viéndose juntamente cohibido á disimular su intento, se concibe que el hábito de este disimulo llega á hacer de la hipocresía una segunda naturaleza.

C. El trabajo de los presos en comun encierra, finalmente, una perpétua y fuerte tentacion para la administracion de los establecimientos penales, de explotar las fuerzas de los reos sin consideracion alguna á sus ulteriores adelantos, y sin otro límite contra esta codicia y afan industriales que la mera posibilidad, preocupándose sólo dichas instituciones de ganar dinero, y aun quizá de sufragar sus gastos por medio de este trabajo, á expensas de los fines superiores de la pena, los cuales, sin embargo, ante todo y en todo, incluso en el trabajo de los reos, han de tenerse siempre á la vista.

Vale, pues, en lo principal, la misma censura para el sistema de clasificacion y para el de Auburn. Ambos producen un semi-aislamiento interiormente falseado y más aparente que real: nada remedian de raíz y por entero, siendo á la vez orígen de muchos nuevos inconvenientes.

Pasamos en silencio otros ensayos modernos é igualmente imperfectos: porque, si bien alguno de ellos se ha atribuido inmerecidamente el nombre seductor de *sistema progresivo*, no parten siquiera de una idea precisa, sino de una mezcla de bien

y de mal, tan falta de principios como sobrada de contradicciones.

Alcanzar segura y plenamente, y sin ninguno de los peligros citados, el término que por esos falsos caminos se pretende, sólo es posible con la separacion real y total durante el dia y la noche de los reos entre sí, tal como hemos visto se requiere: en suma, por el aislamiento ó régimen celular.

V.

EXÁMEN ESPECIAL DEL AISLAMIENTO.

Siendo el sistema de prisiones celulares precisamente lo contrario del de prisiones en comun, carece, como es natural, de todos los inconvenientes de éstas, de que acabamos de indicar los más graves. No necesita explicacion alguna la inmensa importancia que el régimen celular tiene ya por sólo el hecho de que, aun sin atender á más, impiden los muros de las celdas infinito mal y perversion, que sin ellos seria difícil, y hasta imposible evitar: donde se muestra ya el gran progreso de esta suerte realizado. No sólo prepara el suelo este sistema para una buena siembra, sino que aun en cierto sentido la hace fructificar, ayudando al desarrollo de todo lo bueno que en el delincuente mismo hasta entonces se hallaba latente y oscurecido, tranquilizando sus irritadas pasiones, promoviendo su reflexion, su recogimiento y regreso en sí mismo, su impulso y gusto para el trabajo, con más, haciéndolo dócil y receptivo para todo el bien que otros le hacen ó

halla á su alrededor, especialmente merced á la simpatía de sus visitadores, cuya amistosa asistencia y consuelo interrumpe benéficamente su soledad, á los libros gratos é instructivos, á las prácticas religiosas y á la enseñanza escolar y tecnológica. Precisamente una de las consecuencias más conocidas y satisfactorias del régimen celular consiste en los rápidos progresos que hacen los reos en su instruccion y en su grande alegría al ver cómo su educacion aumenta, y se ocupa su espíritu en mejores cosas que antes. Casi sin excepcion reconocen con gratitud lo que especialmente en este respecto les acontece, entrando, por tanto, en las mejores relaciones con los empleados y vigilantes del establecimiento, que no les aparecen ya como sus carceleros y verdugos, sino como sus verdaderos bienhechores. Sométense, en consecuencia, dócil y voluntariamente al régimen de la casa, hasta el punto de que muy pocas veces son necesarias penas disciplinarias, y aun algunas prisiones celulares han ido cesando de año en año. La direccion general de sus pensamientos é inclinaciones no puede á la larga sustraerse á estas contínuas influencias exteriores, exclusivamente buenas. En suma, si algo hay capaz de ayudar á que recupere su imperio el *yo superior*, digámoslo así, del penado, venciendo al hombre antiguo y pervertido, mediante buenas costumbres, es sin duda la entera situacion de vida en que se le co-

loca, merced á un régimen celular bien comprendido y hecho debidamente eficaz. Todas las condiciones que esto exige, y á favor de las cuales volverá un dia el penado á recibir y conservar su posicion en el seno de la sociedad civil, se las debe y puede procurar este sistema en una medida incomparablemente mayor que cualquier otro. Así es que en esto concuerdan por completo todos los experimentos y observaciones hechos hasta hoy; como no ménos en que la salud corporal, cuanto la espiritual, se favorece en este régimen infinitamente más que en ninguna otra clase de prisiones; reduciéndose especialmente la mortalidad, lo ménos, en una mitad: circunstancias que un renombrado naturalista (Pettenkofer) cree poder explicar suficientemente, porque el preso en su celda limpia, clara y templada, goza quizá de triple cantidad de aire—y éste bueno y sano además—de la que corresponde á cada preso en las salas de trabajo ó en los dormitorios comunes, cuyo ambiente, por otra parte, es altamente nocivo.

Las enfermedades mentales propiamente dichas (á distincion de las meras alucinaciones transitorias) son, así como el suicidio, tan enlazado con ellas, mucho más raras en igualdad de circunstancias en las prisiones celulares que en las antiguas; y mientras que en éstas la manía, cuando es tranquila, muchas veces pasa enteramente inadvertida, se conoce en la celda desde que co-

mienza á amenazar la salud del espíritu. En las prisiones celulares de Amsterdam, Vechta, Cristianía y Berlin se han pasado hasta años sin un ejemplo de locura ni de suicidio; y aunque esto quizá pueda explicarse como un feliz accidente, basta, sin embargo, para contradecir en todo caso la tan repetida asercion de que este régimen, *por sí mismo,* lleva á la locura. Seria, en efecto, casi inevitable esta si se encerrase en una celda al penado, *sin* trabajar ni ver á nadie; si la idea fundamental del aislamiento se falsease, como suele acontecer, pretendiendo que en lugar de *apartar* por completo al reo de la mala compañía de los demás delincuentes, se le ha de colocar en una soledad que le expulsa, digámoslo así, de la sociedad humana. Errores tan insanos se cometieron en los primeros ensayos que de este sistema se hicieron en la América del Norte, y con el pésimo resultado que era de suponer. Pero há largo tiempo se abandonaron, reformando esencialmente, sobre todo en Europa, la organizacion y ejecucion entera del régimen celular, haciéndolo cada vez más y más apropiado para resolver el problema á que verdaderamente responde. Así se decia con mucha verdad, por ejemplo, en un informe dirigido al Senado de Brema sobre esta organizacion reformada, que «el preso en ella apenas siente que está sólo: la campanilla que le permite en cada momento llamar á su celda á un vigilante; las visitas

diarias, y en caso de necesidad repetidas; el ir y venir de los empleados y dependientes por los corredores á que dan las celdas, mantienen en él la conciencia de la sociedad humana, al par que su aplicacion al trabajo le hace olvidar su aislamiento: trabajo que además interrumpen, ya la instruccion, ya el ejercicio al aire libre, ya las prácticas religiosas, ya las horas de ócio, que puede emplear en útiles lecturas. En ningun hombre que tenga sanas sus facultades puede semejante régimen, por naturaleza y por experiencia, producir la más mínima perturbacion. Por consecuencia, en aquellas prisiones donde sean frecuentes los casos de enajenacion mental, puede con harta seguridad afirmarse que la causa está en algun vicio de que adolece el *tratamiento* dado en ellas, tales como principalmente las llamadas agravaciones disciplinarias de privacion de alimento ó de luz, que tanto perturban el trabajo, debilitan, desaniman y amargan; no ménos que el afanoso y desmedido cuanto errado celo de eclesiásticos y visitadores de otras clases, que procuran la correccion del reo atormentándolo y angustiándolo con la amenaza del infierno; y finalmente, la imposicion de trabajos inútiles, puramente mecánicos, ingratos y absurdos, como hilar y deshilar, etc.

La experiencia, además, ha puesto fuera de toda duda que la afirmacion de que «el aislamien-

to conduce á debilitar y truncar las fuerzas del espíritu" es precisamente contraria á la verdad siempre, y más aún en presos que asisten á las escuelas. No ménos falsa es la opinion de que, al recobar su libertad estos reos, son ya incapaces para el trato social con los otros hombres. Pues si jamás se ha observado semejante cosa en reos que han sufrido seis y más años de prision celular, resulta completamente inexacta y contradictoria con la experiencia una suposicion donde se olvida, por otra parte, que el penado en modo alguno se ve excluido de toda sociedad, comunicando, por el contrario, con otros hombres; sólo que no son malhechores.

Lo que sí se debilita sin duda en la celda, son las tinieblas que antes oscurecian y como que disolvian la conciencia del delincuente; y precisamente en los más pervertidos es en quienes hace más profunda y duradera impresion: toda vez que este sistema no les deja camino alguno para aturdirse y sustraerse á la voz inexorable del juez interior. Tarde ó temprano, entran en una reaccion vehemente y calorosa de felices augurios; para salvarse del remordimiento, intentan aliviar su corazon en confesiones sinceras; y si hallan la debida correspondencia y amistoso consuelo, sienten despertarse en ellos, y aun muchas veces contra lo que se esperaba, poderosa energía para desarrollar en su espíritu y

vida un hombre nuevo. Hasta para los vagabundos y demás gente de esta clase se ha manifestado siempre el sistema celular como extraordinariamente sensible y atemorizador, por corto que sea el tiempo de la pena; siendo sus efectos de muchísima mayor energía, bondad y duracion que los de cualquier padecimiento *meramente corporal* impuesto al delincuente: ya que de medio á medio contradice todas las malas inclinaciones y costumbres que manchaban su vida, merced á lo cual les *parece* el mayor mal que puede acontecerles, y como á tal lo temen, constituyendo, sin embargo, *en realidad* sólo su mayor bien y provecho. Así lo reconocen los mismos criminales arrepentidos y los mejores de entre ellos, que no sólo llevan su condena con harto mayor conformidad, sino que la agradecen más y más cada dia, como un verdadero beneficio; sintiendo, por el contrario, y con razon, la mayor amargura al hallarse obligados á vivir en compañía de hombres más corrompidos. De esta suerte, en el régimen celular obra todo lo más justamente posible la *interior* eficacia de la pena, en exacta proporcion á la mayor ó menor culpabilidad, tambien *interior*, del delincuente. Sólo así cabe aplicar y ejecutar aquella atendiendo á la individualidad del reo: cosa en verdad que en ésta, como en cualquier clase de educacion, es de todo punto irremisible, si se ha de esperar seguro resultado.

Lo que la actual organizacion de las penas de libertad, esto es, la prision en comun, no alcanza sino á lo sumo *por excepcion* y *á pesar* de ella, y *nunca* de ordinario, que es un saludable efecto correccional y ejemplar *á la vez*, se logra en el régimen celular habitualmente, *en virtud* de su naturaleza, y con frecuencia en tan corto tiempo, que á más tardar se reduce á unos cuatro años. Sólo aquí debe buscarse la razon de por qué en este sistema bastan por completo penas de mucha menor duracion que en los demás (dos tercios ó la mitad del tiempo); no en que sea más duro y severo para el reo, lo cual, segun vimos antes, es cierto únicamente respecto de *una sola clase* de criminales, de ningun modo en general. De esta supuesta dureza, ó del no ménos supuesto peligro para la razon del reo, mal pudiera, á juzgar por los resultados actuales de las más unánimes é incontrovertibles observaciones, deducirse aquella reduccion, ni un *aumento* contrario establecido en la ley. Si por medio del aislamiento se ha de obtener la reforma del culpable, la experiencia acredita, repetimos, que casi siempre se realiza este fin dentro del plazo máximo de cuatro años, *en el caso*, se entiende, de un tratamiento acertado. Las excepciones son en extremo rarísimas. Por esto, las reincidencias sólo ocurren en los reos cuyo encierro fué demasiado corto, y principalmente en ladrones y rateros ya de muchos años avezados á

su criminal industria. En esta clase de reos, ni el régimen celular ni ningun otro puede hacer el milagro de traerlos á mejor vida en poco tiempo; siendo en su mayor parte casi tan difíciles de convertir como los delincuentes políticos: porque tambien ellos están acostumbrados á obrar por principios y opiniones propias (á saber, comunistas). Hé aquí la causa de que nada haya que esperar de ellos, mientras la defectuosa legislacion de la propiedad, la opresion de la vigilancia de la policía y otros impedimentos análogos les susciten á cada paso toda clase de dificultades para vivir y ganarse el sustento honradamente al salir de la prision, sin que necesiten buscarse y asociarse; mientras, además, la miseria y la falta de trabajo les ofrezcan tentacion formidable de reincidencia; mientras, segun suele acontecer, se les impongan penas extremadamente leves; mientras, por último, se les haga cumplir sólo un corto resto de su condena en prision celular, despues de haberles tenido meses y aun años entre sus semejantes, en las antiguas prisiones, escuelas del delito, donde sus malas tendencias se fortificaron y llegaron al colmo de la perfeccion sus malas artes. Verdaderamente extraño seria hacer responsable al régimen celular (como, sin embargo, se pretende tantas veces) del mal éxito que debe esperarse naturalmente en estos casos.

Por lo que concierne ahora al *costo*, téngase en

primer lugar presente que en toda reforma imposible de aplazar más todavia (harto lo ha sido ya!) en las instituciones del Estado, es cuestion de muy subordinada importancia, que en nada puede modificar las condiciones del problema, siendo cuando más asunto de tiempo. Cuando Estados muy pequeños pueden hallar medios para establecer prisiones celulares convenientes (como, por ejemplo, años há las ha establecido Baden, que debe tenerse en esto por modelo), no será imposible ciertamente á España organizarlas gradualmente, ya levantando nuevas construcciones, ya utilizando y reformando, como en otros países se ha hecho, algunos de los antiguos conventos, que no dejarán por esto de servir á una obra verdaderamente piadosa y cristiana. Tampoco es lícito olvidar en este respecto cuán inmensa economía trae siempre consigo la introduccion del aislamiento por la notable diminucion, tanto de las reincidencias, como de la duracion de las penas, que sólo entonces será posible acortar en proporcion razonable. Grave riesgo correria el pueblo español de quedar rezagado tras de la mayoría de los Estados europeos, si se obstinase en conservar el sistema de comunidad donde los penados están juntos, no sólo de dia, sino *hasta de noche*, cuyo último peligro es tan unánimemente confesado, que aun en muchas Naciones que todavia carecen de establecimientos celulares se ha procurado evitar,

introduciendo el aislamiento nocturno: reforma esta *á medias*, cuya doble exigencia de dormitorios celulares y talleres en comun cuesta además muy poco ménos que el régimen celular perfecto, único (y esto basta) que corresponde por completo al fin penal.

Tampoco pueden modificar en lo más mínimo el principio del aislamiento las diversas *clases* de penas de libertad usualmente establecidas hoy en las legislaciones; si bien, conforme á la naturaleza de las cosas, alguna diferencia ha de existir por necesidad entre el trato dado á un reo condenado á simple arresto, y el aplicado á quien ha cometido delitos y faltas graves. No hay razon alguna interna y sólida para sostener esa especie neutra é intermedia de penas, todavia instituidas en tal ó cual país, bajo el nombre de «encierro en casas de correccion», ó lo que es igual, para distinguir lo llamado correccional de lo criminal, así en lo tocante al establecimiento, como en punto á la conducta que con los penados ha de guardarse: ya que la experiencia ha enseñado que de éstos, los que se incluyen en la primera clase, suelen ser, por lo comun, harto peores, y más peligrosos y difíciles de traer á mejores vías que los reos de los denominados *crímenes*. No se comprende, pues, por qué haya de tratárseles enteramente de otro modo que á estos, ya en punto á alimentacion, vestido, etc., ya en lo que concierne á la accion

que debe ejercerse sobre su inteligencia y sobre su corazon, en especial por medio de la instruccion general y de la particular en artes y oficios, así como por el ministerio sacerdotal, las prácticas religiosas, etc., etc. La antigua diferencia consistia en el peor trato y mayores padecimientos que se imponian á los reos graves, v. gr., las cadenas; pero hoy, merced á la creciente delicadeza y suavidad de nuestros sentimientos, han perdido toda significacion estas agravaciones que, á pesar de la letra de la ley, casi por completo se han suprimido de *hecho;* y aun no es raro en nuestros dias el sorprendente fenómeno de que la situacion de los sentenciados á penas graves de libertad sea, por término medio, ménos mala que la de los demás, quienes por esto mismo suelen esforzarse cometiendo nuevas faltas, para merecer ser trasladados á una casa de correccion.

En el caso de que el intento, que parece animar al Gobierno español, de plantear el sistema penitenciario, mediante el completo aislamiento de los reos en *toda clase* de prisiones, llegase á madurar, próximo ya á realizarse, se lograria fácilmente poner en acuerdo el Código penal con las exigencias del nuevo principio; mientras que, por el contrario, seria en realidad imposible establecer de una manera útil y fructuosa dicho régimen, procurando á toda costa acomodarlo á las

prescripciones de la legislacion actual. Absteniéndonos de entrar en pormenores necesarios para plantear con éxito el sistema celular, pero que fácilmente se descubren una vez aceptada esta base, nos limitamos por ahora á desear que las Córtes españolas consignen el principio de *que debe aplicarse dicho sistema, lo más pronto posible, á todas las prisiones de la Nacion, poniendo al punto por obra cuantas disposiciones y reformas prévias sean para este fin exigidas.* Lo demás vendrá despues; y señaladamente lo que respecta á la transicion desde el régimen actual al penitenciario.

ÍNDICE.

REFORMA DEL SISTEMA PENAL ESPAÑOL MEDIANTE EL RÉGIMEN CELULAR.

Cuestion universitaria. Documentos coleccionados por M. Ruiz de Quevedo, referentes á los profesores separados, dimisionarios y suspensos.

Gonzalez de Linares.—Calderon (D. Laureano).—Giner (D. Francisco).—Salmeron.—Azcárate.—Andrés Montalvo.—Castelar.—Montero Rios.—Figuerola.—Moret.—Val.—Mesia.—Muro.—Varela de la Iglesia.—Calderon (D. Salvador).—Soler (D. Eduardo).—Giner (Don Hermenegildo). Madrid, 1876; un tomo, 8 rs. Madrid y 10 provincias.

Clave del Derecho (La) ó síntesis del Derecho romano, conforme á los antiguos textos conocidos y los recientemente descubiertos, por M. Ortolan, traducida al castellano por el doctor D. Fermin de la Puente y Apezechea, catedrático de jurisprudencia en la Universidad de Sevilla: 1845; un tomo, 8.°, 8 rs. Madrid y 9 provincias.

Digesto (El) del emperador Justiniano, traducido y publicado en el siglo anterior por el licenciado D Bartolomé Agustin Rodriguez de Fonseca, del Colegio de Abogados de Madrid. Nueva edicion aumentada con la traduccion de los proemios, completada y revisada con arreglo á los textos más autorizados de las ediciones modernas, por D. Manuel Gomez Marin y D. Pascual Gil Gomez, licenciados en Derecho civil y canónico y Abogados del ilustre Colegio de Madrid, 1873 y 1875; 3 tomos, fólio, de 715 á 864 páginas cada uno, 300 rs Madrid y 320 provincias.

Historia y juicio crítico de la escuela poética sevillana en los siglos XVIII y XIX. Memoria escrita por D. Angel Lasso de la Vega y Argüelles, premiada por la Real Academia de Sevilla; 2 tomos, 40 rs. Madrid y 48 provincias.

Filosofía de la guerra, por el marqués de Chambray, traducida de la tercera edicion por D. Joaquin Perez de Rozas. Madrid; un tomo, en 8.° mayor, 10 rs.

Antepasados de Adan. (Los) Historia del hombre fósil, por Víctor Meunier, traduccion de A. García Moreno. Madrid, 1876; un tomo, 10 rs. Madrid y 12 provincias.

Estudios sobre sistemas penitenciarios. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid, por Francisco Lastres. Madrid, 1875; un tomo, 16 rs.

Estudios sobre Filosofía. Mision de Filosofía en nuestra época. Doctrina de Krause, el positivismo y el método de observacion. La teología y el método del lenguaje, por G. Tiberghien, traduccion de A. García Moreno; un tomo, 8.°, 8 rs. Madrid y 10 provincias.